

مركز البحوث والدراسات الإدارية

المبادئ القانونية

فى

صياغة عقود التجارة الدولية

تأليف

د . صالح بن عبدالله بن عطاف العوفى

١٤١٩هـ - ١٩٩٨م

بسم الله الرحمن الرحيم



مركز البحوث والدراسات الإدارية

المبادئ القانونية

فى

صياغة عقود التجارة الدولية

تأليف

د . صالح بن عبدالله بن عطاف العوفى

١٤١٩هـ - ١٩٩٨م

بطاقة الفهرسة

© معهد الإدارة العامة ، ١٤١٨هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

العوفى ، صالح بن عبدالله بن عطاف

المبادئ القانونية فى صياغة عقود التجارة الدولية – الرياض .

٤٦٠ ص ؛ ١٦,٥ × ٢٣,٥ سم

ردمك : ٩ – ٠٣٦ – ١٤ – ٩٩٦٠

١ – التجارة الدولية – قوانين وتشريعات ٢ – القانون الدولى التجارى

أ – العنوان

ديوى ٣٤٦,٠٧ ١٨/٢٢٩١

رقم الإيداع : ١٨/٢٢٩١

ردمك : ٩-٠٣٦ – ١٤ – ٩٩٦٠

المحتويات

الموضوع	الصفحة

تابع - المحتويات

الموضوع	الصفحة

تابع - المحتويات

الموضوع	الصفحة
الباب الرابع : صياغة العقود التجارية الدولية	١٤١
الفصل الأول : أسس وضوابط الصياغة القانونية فى العقود التجارية	١٤٥
المبحث الأول : وضع الهدف وتحديد الموضوع	١٤٩
المبحث الثانى : أسلوب الصياغة القانونية السليمة	١٥٢
الفرع الأول : المضمون الموضوعى والتفكير	١٥٣
الفرع الثانى : اختيار الكلمات والدقة اللغوية	١٥٥
المبحث الثالث : وضوح الصياغة	١٥٦
الفصل الثانى : إبداء الرأى القانونى حول العقد التجارى الدولى	١٧٠
المبحث الأول : تحديد نطاق الرأى القانونى	١٧٢
المبحث الثانى : تحليل محتوى الرأى القانونى	١٧٤
الفرع الأول : وصف طبيعة التعامل التجارى	١٧٤
الفرع الثانى : الافتراضات التى لابد من طرحها	١٧٦
الفرع الثالث : مضمون الرأى القانونى	١٧٦
الفرع الرابع : التحفظات والاستثناءات	١٧٩
المبحث الثالث : تحديد أثر ونطاق الرأى القانونى	١٨١
الباب الخامس : محتويات العقد التجارى الدولى	١٨٣
الفصل الأول : تحديد أطراف العقد وحيثيات التعاقد	١٨٧
الفصل الثانى : أهم الشروط التى تتضمنها العقود التجارية الدولية	١٩١
المبحث الأول : الشروط الخاصة بمدة العقد التجارى	١٩٢
المبحث الثانى : الشروط الخاصة بتحديد النطاق الإقليمى لتنفيذ العقد	١٩٤

تابع - المحتويات

الموضـــوع	الصفحة

تابع - المحتويات

الموضوع	الصفحة

تابع - المحتويات

الموضـــــوع	الصفحة

إهداء

إلى شيخ الأخلاق الكريمة .. فارس الرجولة .. إنسان الرحمة ..

إلى رجل المهمات الصعبة .. إلى صاحب السيف والقلم . .

من بنى المجد فى العقول والقلوب ..

من يغار من ندى كفه الجود والكرم ..

إلى الرجل الذى أعطى بدون حدود .. وأمدنا بأخلاقه الفاضلة التى جعلناها طريقاً نقتدى به فى سائر أمور الحياة

إلى سلطان الموقف .. سلطان الكلمة ..

أرفع هذا الكتاب بما يحويه إلى مقام صاحب السمو الملكى النائب الثانى لرئيس مجلس الوزراء ووزير الدفاع والطيران والمفتش العام .

الأمير سلطان بن عبد العزيز آل سعود

المؤلف

« إنى رأيت أنه لا يكتب أحد كتاباً فى يومه إلا قال فى غده : لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد هذا لكان يُسْتحَسن ، ولو قُدم هذا لكان أفضل ، ولو تُرِك هذا لكان أجمل . وهذا مِن أعظَم العِبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جُملة البشر » .

العماد الأصفهانى

تقديم

تعتبر عقود التجارة الدولية الأداة القانونية الأكثر ذيوعًا لتبادل السلع والخدمات عبر الحدود . وقد صاحب التقدم العلمى والصناعى المعاصر ظهور أنواع من العقود ، لم يكن لنا بها عهد من قبل ، وهى عقود غير مسماة Contractus Innominatus ، لا تشتمل النظم القانونية الوطنية على تنظيم يلائم خصوصيتها ، وهى عقود مركبة وطويلة الأجل ، تثير إشكالات ذاتية ، سواء فى إبرامها أم فى تنفيذها ، ومنها : عقود نقل التقنية ، وعقود تسليم المفتاح فى اليد ، أو الإنتاج فى اليد ، وعقود التعاون الصناعى ، والمساعدة والاستشارات الفنية ، وعقود التمويل بالإيرودلار . . . إلخ .

وفى ظل المتغيرات والتحولات الاقتصادية المحلية والعالمية المعاصرة ، لاسيما مع بدء نفاذ اتفاقيات تحرير التجارة العالمية ، سوف يتعاظم دور عقود التجارة الدولية المبرمة فى مجال التجارة العادية للسلع والخدمات وفى مجال التنمية الاقتصادية والمشروعات الاستثمارية بين الدول النامية وغيرها من الدول الصناعية المتقدمة .

والأصل فى الالتزامات التعاقدية عمومًا أن يتم تنفيذها من قبل أطرافها تنفيذًا سلميًا هادئًا ، غير أنه قد يطرأ من الظروف ما يثير النزاع بين المتعاقدين . ويدل الواقع العملى على أن معظم منازعات العقود عمومًا ، ومنازعات عقود التجارة الدولية خصوصًا ، ترجع فى عمق أصلها إلى سوء صياغة وتحرير البنود والأحكام الاتفاقية ، حيث ينشأ الخلاف حول تفسير ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف ، وحقيقة معانى العبارات الواردة فى صلب العقد .

ومن هنا كانت أهمية العمل الذى نقدم له اليوم ، والذى أعده أحد القانونيين النابهين وهو (الدكتور صالح بن عبد الله العوفى) بعنوان «المبادئ القانونية فى صياغة عقود التجارة الدولية» ، والذى يركز فيه المؤلف على أهمية دقة صياغة وتحرير البنود والأحكام التعاقدية لتفادى الكثير من المشكلات المستقبلية .

ونحن نبارك هذا التوجه فى الكتابات العملية حول عقود التجارة الدولية ونؤيد المؤلف فى توجهه . ونرى أن العقد التجارى الدولى إذا كان مفصلاً ومحبوكًا فى

صياغته القانونية ، وأحسن المحامون والمستشارون القانونيون صياغته ، وأدرجوا فيه الحد الأقصى من التفصيلات ، وكانوا أكثر حيطة وانتباهاً وضمّنوا عقودهم حلولاً للمسائل التى يمكن أن تثور بينهم ، ولم يتركوها مفتوحة لاجتهاد المحكم أو القاضى ، كان عقدهم كالقانون الصادر من البرلمان . ذلك أن عملية إعداد العقد الدولى وصياغة بنوده هى أشبه بعملية تشريعية . وشروط العقد وبنوده تشكل فى مجموعها قانوناً خاصاً Lex privata كافياً بذاته للتعريف بحقوق والتزامات المتعاقدين ، ويقلل إلى حد بعيد الحاجة إلى الاستعانة بأى قانون نظامى آخر .

وبثقافة قانونية عريضة ، وبالاستعانة بمراجع عربية وأجنبية متخصصة ، استطاع المؤلف أن يجمع بين دفتى مؤلفه ، وبترابط منطقى ، أهم المسائل التى تثيرها عقود التجارة الدولية . حيث تناول التعريف بأنواع عقود التجارة الدولية ، والمراحل الأولية لتكوينها ، ودور خطابات نوايا التعاقد ، ومرحلة المفاوضات ، والعقود النمطية ، فى التمهيد لإبرام تلك العقود ، كما تطرق إلى بيان أسس وضوابط الصياغة القانونية لعقود التجارة الدولية .

ولما كانت عقود التجارة الدولية تبرم بين أطراف من دول مختلفة ، وقد يكون التعاقد لأول مرة بينهم ، ويحبذ أحدهم تأمين نفسه ضد ما عسى أن يكون لدى الطرف الآخر من عدم كفاءة فى الوفاء بالالتزامات التعاقدية ، فقد أورد المؤلف معلومات عملية ضرورية حول الأدوات القانونية للائتمان والضمان ، فتكلم عن الاعتمادات المستندية ، وخطابات الضمان ، ومسئولية المتعاقدين المدنية – التعاقدية والتقصيرية – عن عدم تنفيذ التزاماتهم .

وحيث استشعر الكاتب الفَطِن بحسه العملى ، أهمية معالجة طرق تسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، فأورد معلومات قيمة عن قضاء التحكيم بحسبانه أكثر الوسائل ملاءمة لفض تلك المنازعات ، فتكلم عن مزايا التحكيم ، وأنواعه ، والاعتبارات الأساسية التى يجب مراعاتها عند صياغة اتفاق التحكيم ، ثم اختتم كلامه بكيفية صياغة حكم التحكيم ، وإصداره ، والمشكلات المتعلقة بالأمر بتنفيذه .

وهذا السِّفر الذى أعده أحد رجال العمل القانونى البارزين يعكس مقدرة وخبرة نادرتين ، حيث استطاع مؤلفه أن يقدم لنا أهم المشكلات العملية التى تثيرها عقود دولية يزيد عدد صفحات الواحد منها فقط على الألفى صفحة .

وما قدمه المؤلف يعد مرجعًا عمليًا ثمينًا لكل المهتمين بشئون عقود التجارة الدولية ، سواء فى ذلك رجال القانون من محامين ومستشارين قانونيين للمشروعات والشركات ، أم رجال الأعمال أنفسهم من غير ذوى الثقافة القانونية ، والذين لديهم الشغف والرغبة فى الإلمام المتعمق والواعى بالمسائل القانونية العملية التى يجب مراعاتها عند إبرام عقودهم .

ولقد استطاع (الدكتور صالح العوفى) أن يقدم مرشدًا عمليًا طال انتظاره وقد خلت منه المكتبة العربية ، ويظهر فيه صاحبه حرصه البالغ على المصلحة العربية ، حيث نبّه – فى غير موضع – رجال الأعمال العرب إلى مواطن الخطر ومزالق القصور التى يجب التحصن ضدها عند صياغة وإبرام عقودهم مع رجال الأعمال والشركات الأجنبية ، وهو حرص نقدره ونغبط عليه صاحبه .

د. / أحمد عبد الكريم سلامة

أستاذ القانون الدولى الخاص– وكيل كلية الحقوق –

ومدير مركز الدراسات والاستشارات القانونية – بجامعة المنصورة

جمهورية مصر العربية

أستاذ القانون الدولى الخاص بجامعة الملك سعود – سابقًا–

حائز على جائزة الدولة فى القانون الدولى الخاص

محام لدى محكمة النقض ومجلس الدولة

المقدمة

تُكَيِّف الدول ذات الثقل الاقتصادى فى العالم مصالحها التجارية بما يخدم مصالحها السياسية ، على الرغم مما يتردد من أقوال حول تحرير التجارة الدولية من القيود المصطنعة التى فرضتها الظروف السياسية وحدّت من انتشارها.

والدول عامة تتدخل فى التجارة الدولية من خلال التشريعات والقيود التى تضعها لتنظيم التعامل مع طرف أجنبى من قبل مواطنيها ، أو من خلال تنظيم التعاقدات ، أو تنظيم دخول البضائع الأجنبية إلى إقليمها . ولكن يظل العقد التجارى الدولى بين الأطراف علاقة خاصة محكومة بموجب العقد الذى تم التفاوض عليه ، وصياغته من قبلهم ، أو بمساعدة طرف ثالث كما هو الحال بالنسبة لتدخل المؤسسات المالية فى تمويل العقد بين الأطراف .

ونظراً لما لاحظناه من افتقار المكتبة العربية لمُؤَلَّف يبحث موضوع الصياغة القانونية لعقود التجارة الدولية ، فقد نشأت الفكرة وراء تأليف هذا الكتاب الذى يهدف إلى تعريف القارئ بالطرق والأساليب القانونية الصحيحة لصياغة هذه العقود على اختلاف أنواعها. ولا شك فى أن التأليف فى موضوع متشعب كهذا يتضمن صعوبة كبيرة ، ولن يسلم من النقد ، خاصة من جانب الأكاديميين المتخصصين . وتكمن الصعوبة فى أن موضوع الكتاب يقع على الحدود بين ثلاثة فروع من فروع القانون ، هى : القانون التجاري ، قانون المرافعات ، والقانون الدولى الخاص . وأول ما سيلاحظ القارئ الأكاديمى لهذا الكتاب أن طريقة الكتابة لهذا المؤلف تختلف تماماً عن طريقة الكتابة الأكاديمية ، نظراً لأننى لم أهتم بالتنظير ، وتأصيل الأفكار ، وترتيبها ، وإنما تقديم المعلومات بشكل مباشر لرجل الأعمال ، والمستشار القانونى الذى يقوم بدور الصياغة للعقد التجارى الدولى .

وكان لدينا أيضاً تصور عند البدء فى البحث حول الموضوع ، أنه ليس كل من يقتنى هذا المُؤَلَّف سوف يقوم بقراءته من أوله إلى آخره ، ولكن أغلب القراء يهدف من اقتنائه إلى الحصول على وسيلة تُنير طريقه إلى كيفية صياغة أى جزء من العقد الصياغة القانونية السليمة ، وما يجب عمله للخروج بعقد سليم ، وغير مجحف بحق أى من الأطراف المتعاقدة .

فهذا المُؤَلَّف يمكن أن يساعد المحامى والمستشار القانونى عند قيامه بصياغة عقود لعملائه ، كما أنه يساعد رجل الأعمال ، والمدير التنفيذى فى وضع الخطط اللازمة للسير قُدمًا فى تنفيذ ما يريده من أنواع التعاملات التجارية على اختلاف أنواعها . ولا شك فى أن القارئ الذى يرغب فى الحصول على معلومات أكثر أو أن يتعمق فى البحث والمعرفة حول موضوع معين من مواضيع هذا المُؤلَّف ، سوف يجد من السهل عليه الحصول على المصادر الرئيسة التى تبحث فى الموضوع من خلال اطلاعه على عناوين المؤلفات المتخصصة فى الموضوع التى تم الرجوع إليها فى هذا البحث ، وتمت الإشارة إليها فى الحواشى ، والاطلاع عليها متى أراد ذلك دون عناء يذكر . أما رجال الأعمال والتجار الذين لديهم اطلاع وثقافة قانونية فسوف يجدون هذا المُؤلَّف مفيداً جداً لفهم حقائق التعاملات التجارية ، وما يهدف إليه المستشار القانونى الذى يقدم لهم النصائح القانونية فى تعاملاتهم التجارية .

وفى تنظيمنا لهذا المُؤَلَّف عمدنا إلى جعله سهلاً بطريقة تعطى القارئ المعلومات الأولية قبل أن يبتدئ فى التعاقد ، وما يجب عليه اتخاذه لضمان تنفيذ العقد والحصول على ما يريد ، إضافة إلى الطرق والوسائل التى يمكنه الرجوع إليها لحل الخلافات التى قد تنشأ عن هذه العقود فى المستقبل . فهو يبدأ بالتعريف بالعقود والتعاملات التجارية الدولية ، وأنواعها على الساحة الدولية باختصار غير مُخلّ ، ويترك للقارئ حرية البحث والاختيار .

وفى الختام أود أن أتقدم بالشكر الجزيل لسعادة الأستاذ (الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة) الذى قام بتقريظ الكتاب ، وأبدى الكثير من الملاحظات القيمة التى أخذت بها ، بالإضافة إلى تفضله بتقديمه للقارئ ، كما أشكر كل من قام بتقويمه من الأساتذة الكرام الذين أبدوا ملاحظات قيمة تم الأخذ بجميعها . وآمل أن يكون لهذا المؤلَّف الفائدة المرجوة لكل مشتغل فى حقل التجارة الدولية . والله من وراء القصد ، وهو الهادى إلى سواء السبيل .

المؤلف

د. صالح بنْ عبدالله بن عطاف العوفى

الباب
الأول

قانون العقود والمعاملات التجارية الدولية

تُعَدُّ العقود التجارية الدولية من الركائز الأساسية لتسيير عجلة الاقتصاد الدولى فى الوقت الحاضر ، حيث إن حجم التبادل التجارى بواسطة هذه العقود يقدر ببلايين الدولارات سنويًا ، على الرغم مما تعرضت له التجارة الدولية من صعود وهبوط نتيجة عدم استقرار الأحوال السياسية ، وما يؤدى إليه من تأثر الأحوال الاقتصادية . وقد أخذ الازدياد فى التبادل التجارى الدولى ينمو يومًا بعد يوم بازدياد النمو السكانى وازدياد الحرية السياسية وتحرر التجارة من القيود المفروضة عليها ، نتيجة لتأثير الأحوال السياسية فيها . وهذا الازدياد فى نمو التبادل التجارى بين الدول فى الوقت الحاضر ناتج عن تحرير التجارة من القيود على مستوى العالم .

وتُعَدُّ اتفاقية الجات GATT [١] ، وما نتج عنها من قيام منظمة جديدة تسمى منظمة التجارة العالمية World Trade Organization وتعرف اختصاراً بـ WTO ، التى بدأت عملها ، وحلت محل منظمة الجات أخيرًا [٢] دليلاً واضحًا على اتجاه دول العالم وخاصة الدول ذات الثقل السياسى والقوة الاقتصادية إلى تحرير التجارة من القيود والعوائق المصطنعة التى فرضتها الظروف السياسية ، وحدّت من اتساعها[٣] .

والمتتبع لحركة التبادل التجارى الدولى قبل انهيار الشيوعية وبعدها ، يلاحظ أنه لا توجد هناك دولة ذات سياسة اقتصادية وتجارية ثابتة ومتناسقة إلى الأبد ، بل إن الدول تُكيِّف مواقفها حسب ما يخدم مصالحها ، ولذا فإننا نجد أن الغالبية العظمى من الدول غيّرت مواقفها خلال السنوات الأخيرة من السياسة الحمائية المتشددة إلى سياسة اقتصادية متحررة تمامًا [٤] لتسهيل حركة التجارة الدولية ، وفتح الطريق أمام تبادل البضائع والخدمات اعتماداً على المناخ السياسى السائد على وجه العموم [٥] .

هذا وتُعدُّ عقود البيع الدولى للبضائع أيًا كانت هى الأعم الأغلب ، وصاحبة القسط الأوفر من التبادل التجارى الدولى ، فقد حظى هذا النوع من العقود فى التبادل التجارى الدولى باهتمام هيئة الأمم المتحدة ممثلة فى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (UNCETRAL) ، حيث عملت هذه الهيئة على إعداد قانون خاص للبيع الدولى للبضائع تم توقيعه فى فينا ودخل حيز التطبيق فى ١/١/ ١٩٨٨م [٦] .

ولكننا حينما نتحدث عن العقود التجارية الدولية وما تؤدى إليه من نمو العلاقات والتبادل التجارى الدولى [٧] ، لن نتحدث فيما يتعلق بمعاملات وعقود بيع البضائع فقط ، وإنما عن كافة العقود التى يمكن أن تبرم بين أشخاص ينتمون إلى دول متعددة يكون هدفهم تبادلاً تجاريًا . ويشمل ذلك بالإضافة إلى عقود بيع البضائع : عقود بيع وتقديم الخدمات ، كعقود الخدمات الاستشارية الهندسية ، وعقود الاتصالات ، وعقود الخدمات المالية ، مثل معاملات البنوك ، وشركات التأمين . كما يشمل أيضًا: عقود الإنشاءات ، وتراخيص نقل التكنولوجيا ، وعقود الشراكة فى شركات مشتركة (Joint Venture) ، والوكالات التجارية .

والتعامل التجارى الدولى فى الأعم الأغلب يظل بين طرفين خاصين غير حكوميين ، لتبادل منافع معينة أو إقامة علاقة تجارية ، على الرغم من دخول الدول فى اتفاقات تجارية إقليمية أو دولية ، ومثل هذه العلاقة تحتاج إلى الكتابة فى وثيقة ملزمة تثبت هذا التبادل . وهذه الوثيقة هى العقد الذى يتم التفاوض عليه بين الأطراف وتوقيعه من قبل صاحب الصلاحية بصفة مستقلة ، أو بمشاركة طرف ثالث للمساعدة على تنفيذه . والخطوة الأهم التى على رجل الأعمال أو الرئيس التنفيذى فى إحدى الشركات العامة أو الخاصة اتخاذها عندما يريد الدخول فى معاملة تجارية دولية ، هى التوصل إلى اتفاق على عقد يرضى كل الأطراف ويكون قابلاً للتنفيذ كما تمت كتابته والاتفاق عليه .

ولا شك فى أن الاتفاق على عقد يرضى كل الأطراف ، يعكس الحاجة الأساسية إلى التفاوض حول هذا العقد بما يرضى أطرافه . ورضاء الأطراف يتطلب الكثير من الجهد ، لذلك فعند التفاوض والصياغة يجب أن يأخذ الأطراف بعين الاعتبار كل الاحتمالات التى قد تؤدى لنكث الالتزامات التعاقدية ، أو إعاقة تنفيذها كما تمت كتابتها وجرى الاتفاق عليها.

والعقد التجارى الدولى يماثل العقد الداخلى فى كثير من عناصره ، على الرغم من وجود بعض التباين بينهما ، نظراً لأن العقد التجارى الدولى يوقع فى بلد ما وينفذ فى بلد آخر ، وقد يكون الاختلاف بين البلدين كبيراً ، سواء كان هذا الاختلاف فى النظام القانونى ، أو القضائى ، أو فى القانون الخاص الذى يحكم العلاقة التعاقدية بين الأطراف التجارية المتعاقدة أيًا كانت جنسياتهم ، مما يستتبع التفرقة بين العقدين

وتوضيح درجة الاختلاف بين عقد يوقع وينفذ فى نفس البلد ، وعقد آخر يدخل فيه عنصر دولى .

وعليه يجب على من يقوم بصياغة العقد التجارى الدولى أن يكون ذا إحساس مرهف لمثل هذا الاختلاف ، بالإضافة إلى ما تتطلبه الصياغة من تفكير وعناية خاصة تختلف عن صياغة أى وثيقة قانونية أخرى ، على الرغم من تشابه بعض أشكال وقواعد الصياغة فى كثير من الأحيان .

هذا وسوف نستعرض فى الفصلين التاليين من هذا الباب ما يلى :

الفصل الأول : تأثير مبادئ القانون الدولى فى قانون التجارة الدولية .

الفصل الثانى : أنواع عقود التجارة الدولية .

الهوامش

(١) لقد تم وضع الأساس لاتفاقية الجات فى لقاء «هافانا» عام ١٩٤٨م الذى التقى فيه الاقتصاديون والسياسيون من دول مختلفة بهدف دراسة إمكانية تخفيف القيود الجمركية للدفع باتجاه يصبح فيه الاستيراد والتبادل التجارى والإنتاج الصناعى مفتوحاً للمنافسة الحرة التى تجعل المستهلك يحصل على السلع - كما هو مفترض - بسعر أقل حقيقى بعيداً عن تلاعبات الدول فى العملية التجارية . واستمر هذا الاتجاه فى السنوات التالية وصولاً إلى اتفاقية الجات الخاصة بخفض التعريفة الجمركية فى إطار المؤتمر الدولى للتعاون الاقتصادى الذى بدأ فى عام ١٩٦٤م . وتأثرت محاولات تحرير التجارة الدولية طيلة تلك السنوات بمناخ الحرب الباردة والتكتلات الدولية حتى بدأت مفاوضات التجارة المتعددة الأطراف فى دولة أوروجواى خلال شهر سبتمبر ١٩٨٦م تحت إشراف منظمة الجات . وقد كان مقرراً أن ينتهى التفاوض حول جولة الأوروجواى فى شهر ديسمبر ١٩٩٠م ، إلا أن المفاوضات تعثرت بفعل ظهور قضايا معقدة على جدول أعمال المفاوضات كما حدث بالنسبة للسلع الزراعية والمنسوجات والملابس ، واتسعت حدة الخلاف بين الدول الصناعية الرئيسية حول هذه القضايا ، حيث اتضح أن الأمر يتعلق بما هو أكثر من مجرد تقليص القيود التجارية ، فالتعامل مع تلك القضايا كان يتطلب تعديلات جذرية فى السياسات الاقتصادية والتجارية القومية ، وهى مسألة وضعت الحكومات المتفاوضة على طريق الصدام المؤكد مع مصالح المنتجين المحليين المتمتعين بالدعم أو الحماية ، وأججت الخلاف بين الولايات المتحدة والدول الأوربية حول كثير من الموضوعات مثل خلاف الولايات المتحدة ودول شرق آسيا حول الملكية الفكرية ، وخلافها مع دول أوربا حول صناعة السينما والتلفزيون ، مما دفع إلى التكتل التجارى كما حدث فى أوربا (المجموعة الأوربية) وأمريكا الشمالية (نافتا) وشرق آسيا ، مما قد يؤدى إلى حروب تجارية واسعة ما لم يتم تنظيم التجارة الدولية ، وهو ما كان قد بدأ بالفعل على نطاق واسع عام ١٩٩٢-١٩٩٣م بين الدول الرئيسة على خارطة التجارة الدولية ، وهو الأمر الذى حتم الوصول إلى اتفاق بعد معارك تفاوضية حادة انتهت فى الساعات الأخيرة من اليوم المحدد لنهاية التفاوض فى جولة الأوروجواى وهو ١٦ ديسمبر ١٩٩٣م . وقد انتهى التفاوض بالتوصل إلى (٢٨) اتفاقًا دوليًا ينظم معظم مجالات التجارة الدولية وذلك فى إطار اتفاقية الجات «الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة» ، وقامت (١١٧) دولة من الدول الأعضاء فى الجات بالتوقيع على الاتفاقية الجديدة لتحرير التجارة الدولية ، وتم التصديق عليها ودخلت حيز التنفيذ الفعلى فى شهر يناير من عام ١٩٩٥م . انظر :

Philip Evans & James Walsh: The EIU guide to the new GATT, Research Report, The Economist Intelligence Unit Ltd.,1994.

وانظر أيضًا لنفس المؤلف :

The EIU Guide to world trade under the WTO, Research Report, Economist Intelligence Unit Ltd., 1995.

(٢) Ibid.

(٣) William F. Fox, Jr. : International Commercial Agreements, p. 11, Second Edition Kluweer Law and Taxation Pubisher, 1992.

(٤) مثل حالة روسيا في الوقت الحاضر ، وعلى العكس من ذلك فرنسا التي جاهدت للحصول على ما تريد فيما يتعلق بسياستها الخاصة بالمواد الثقافية والزراعية ، علمًا بأن تحرير السياسة الاقتصادية الدولية كما هو عليه الآن لا يخدم كثيرًا من الدول النامية بل يخدم الدول الصناعية الكبرى لتحكم سيطرتها الاقتصادية على الدول الضعيفة اقتصاديًا ، مما سيحد من حركة التصنيع المحلي ، ويؤدي إلى إجهاض الخطط التصنيعية في هذه الدول على المدى البعيد ، ويجعلها دولاً استهلاكية لمنتجات الدول الصناعية فقط .

(٥) يجب التنبيه هنا أنه على الرغم من أن أغلب المبادلات التجارية في الوقت الحاضر تتم بين أطراف خاصة ، بعد زوال الشيوعية ومعها زوال تحكم الدول في التبادل التجاري ، إلا أن التبادل الدولي لم ولن يسلم من تدخل الدولة عندما تتحكم في التصدير أو الاستيراد عن طريق فرض شروط معنية ، مما يتطلب معه الحصول على تراخيص خاصة سواء للتصدير أو الاستيراد . مثل هذه الترخيص قد يكون الغرض منها حماية الصناعة الوطنية للدول كوضع حد معين أو تنظيم خاص لبعض السلع التي قد يتم إنتاجها وتسويقها في الخارج من قبل دولة المصدر بأقل من سعر التكلفة الحقيقية وهذا ما يعرف بـ"Anti dumpig law" ، وهو ما يحمل الدول المستوردة على فرض تعريفة عالية على مثل هذه السلع لجعل سعرها يتساوى أو يكمل سعر التكلفة ، وتسمى هذه الزيادة Countervailing duty ، ولعل اتفاقية التجارة العالمية الأخيرة التي حلت محل اتفاقية الجات قد قلصت من هذه القيود إلى الحد الأدنى المطلوب بموجب بنود الاتفاقية ، انظر :

Charles J. Goetz, Lloyd Granet & Warrent F. Schwartz: The Meaning of "SUBSIDI" and "INJURY" In the Countervailing Duty Law, vol. 6, International Review of Law and Economics, pp. 17-32, (1986).

وانظر أيضًا :

Jonn J. Barcelo III. Subsidies and Countervailing Duties - Analysis and A Proposal, Vol. 9, Law & Policy in International Business, pp. 779-853, (1977) .

(٦) في السنوات الأخيرة عملت هيئة الأمم المتحدة على بذل جهود كبيرة بهدف تطوير قانون تجاري موحد من خلال مؤتمرات عدة تحت إدارة مؤتمر الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي Uncetral. وهذه الجهود من العمل المتواصل لسنوات عدة نشأ عنها قانون البيوع الدولي للبضائع الذي سمي باسم مؤتمر فينا Vienna Convention . انظر :

John Honnold, Uniform Law for International Sales: Under the 1980 United Nations Convention, (Kluwer Law and Taxation Publishers,1987) , pp.1-34.

(٧) ضابط الصفة الدولية الذى نعنيه هنا هو ضابط مادى يستند إلى موضوع العقد ، كمكان وجود المبيع أو مكان تسليمه ، أو الظروف المحيطة بإبرام العقد ، كمكان صدور الإيجاب والقبول إذا تم ذلك فى مكانين مختلفين . انظر فى هذا الخصوص :

Cigas, Formation of Contract: International Sales , 23, Netherlands International Law Review, p. 257, (1976).

الفصل الأول

تأثير مبادئ القانون الدولى فى قانون التجارة الدولية

قبل الدخول فى الحديث عن العقد التجارى الدولى وتكوينه ، نرى أنه لا بد من التحدث عن قانون التجارة الدولى ، ومدى تأثير القانون الدولى فيه ، حيث قد أدى التطور العلمى إلى ازدهار حركة التجارة العالمية ، الأمر الذى أدى بدوره إلى كثرة العقود التجارية ذات الصبغة الدولية . هذا التطور العلمى العالمى وما أدى إليه من ازدهار لحركة التجارة الدولية ، يحتم بالضرورة وجود قانون يحكم علاقات التجار بعضهم مع البعض ، ومن ثم يتطلب ذلك وجود أداة لتنظيم العلاقة التعاقدية فيما بينهم ؛ بهدف تسهيل مهمة هؤلاء التجار فى تعاملاتهم بعضهم مع بعض ، وحفظ حقوقهم على المستوى العالمى .

وعالمية قانون التجارة الدولى تعود مبدئيًا إلى عملية التفاعل الحقيقى بين مجموعة من الأشخاص يقومون بعملية التصدير والاستيراد فى المجتمع التجارى الدولى ، ويواجهون إلى حد ما ظروفًا مشتركة ، سواء كان هؤلاء الأشخاص تجارًا أو أصحاب سفن أو شركات تأمين أو رجال بنوك (١) . كما أن هؤلاء الأشخاص يكونون مجتمعًا خاصًا بهم ، هو مجتمع التجار الذى ساهم فى نشوء وتكوين قانون التجارة الدولية خلال العصور (٢) .

كما ساهم هذا المجتمع الخاص أيضًا فى تحسين القواعد التجارية ، سواء من خلال التصرفات العقدية والمفاهيم المشتركة التى تستند إليها هذه العقود ، أو من خلال ما ينشأ عن حل النزاعات التجارية من قواعد وأحكام ، مثل أحكام المحكمين التجاريين الذين تسند إليهم مهمة حل المنازعات التجارية الناشئة بين أشخاص هذا المجتمع نتيجة لوجود العلاقات التجارية فيما بينهم .

لكل ذلك نشأ وتطور قانون التجارة الدولى ، كما مر هذا التطور بعدة مراحل يعزوها الكتاب إلى ثلاث مراحل ، هى :

أ – **مرحلة العرف** : وتعنى الضوابط العرفية التى تحكم العلاقة بين التجار وتنظمها بينهم .

ب – **مرحلة التشريع الوطنى** : وتعنى إصدار قانون وطنى يحكم علاقة التجار فيما بينهم خاصة ، وتنظيم الحركة التجارية عامة [٣] .

جـ – **مرحلة التشريع الدولى** : وهى أعم وأشمل . وهذه المرحلة تم استقاؤها من المرحلتين السابقتين وتطورت عنهما .

هذه المراحل تعد من مصادر قانون التجارة الدولى والتى سوف نستعرضها بشىء من الإيجاز فى المباحث التالية :

المبحث الأول : العرف بوصفه مصدراً من مصادر قانون التجارة الدولية .

المبحث الثانى : التشريع التجارى الوطنى .

المبحث الثالث : مرحلة التشريع التجارى الدولى .

المبحث الأول

العرف بوصفه مصدرًا من مصادر قانون التجارة الدولية

يعدّ العرف والعادات التجارية من أهم مصادر قانون التجارة الدولية ، وهو ما يقوم بين أوساط التجار من علاقات خاصة تأخذ طابع الاستمرار فيما بينهم [٤] ، ويراعونها فى كافة تعاقداتهم الدولية فى نفس نوع التجارة محل التعاقد ، كما أشارت إلى ذلك المادة " ٩ " الفقرة [٢] من اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠م الخاصة بالبيع الدولى للبضائع [٥] ، والمادة " ٣١ " الفقرة [٥] من قواعد التحكيم والتوفيق الخاصة بغرفة التجارة الدولية . [٦]

هذه الأعراف والعادات التجارية الناشئة عن المفاهيم التجارية ، والتصرفات العقدية لمجتمع التجار تعد أساساً ومصدراً للقانون التجارى الدولى . والعرف بمعناه المعروف فى التشريعات الوطنية هو " . . . تواتر العمل بقاعدة معينة فى شأن مسألة معينة ، تواتراً يمليه الاعتقاد بضرورة اتباع هذه القاعدة . وهو يقتضى تكرار العمل بالقاعدة حتى تصير مع مرور الزمن قاعدة مستقرة يتّبِعُها الأفراد من تلقاء أنفسهم دون إلزام من جانب السلطة العامة " [٧] ، ومن أمثلة العرف الذى تتوافر فيه هذه الشروط "مجموعة المصطلحات التجارية الدولية International Commercial Terms أو ما يعرف اختصاراً (INCOTERMS) [٨] . ونجد أن هذه المفاهيم والمصطلحات التجارية مفهومة من قبل الشركات والتجار فى كل أنحاء العالم على الرغم من الاختلاف بين النظم القانونية ، حيث أصبحت متجانسة ومحمية من قبل قانون العقود الوطنى لكل طرف من أطراف العقد ، بالإضافة إلى المعاهدات والاتفاقات الدولية ، وبما يعرف بالقانون الدولى الخاص [٩] ، ومن ثم محكومة بقواعد متشابهة فى غالبية الدول إن لم يكن جميعها [١٠] . كما نجد أيضًا أنه فى كثير من الحالات التى يعرض النزاع التجارى فيها على التحكيم لا يتردد المحكمون التجاريّون فى الإحالة أو الإشارة إلى العرف ، والعادات التجارية الدولية كأساس لأحكامهم [١١] . وبما أن المحكمين عادة يتم اختيارهم من دول مختلفة ، ومتعددة وليسوا مسئولين أمام القضاء الوطنى فيمكننا القول إنهم يمثلون الصفة العالمية .

المبحث الثاني

التشريع التجاري الوطني

هناك من الكتّاب من يعزو مولد القانون التجاري بصفة عامة إلى الأعراف والعادات التجارية التي تعارف التجار على تطبيقها في العصور الوسطى [١٢] ، وأن مرحلة التقنين الوطني هي مرحلة وسيطة نشأت عن ازدياد نمو الشركات التجارية الكبرى التي باتت تسيطر على الحياة الاقتصادية ، وما نتج عن هذه السيطرة من ازدياد نفوذها ، واتجاهها إلى السيطرة السياسية ، مما دفع بكثير من الدول إلى أن تسعى إلى تنظيم النشاط التجاري حيث بدأت التقنينات التجارية في الظهور[١٣] ، وأصبح القانون التجاري مقنناً ، يختلف من دولة إلى أخرى حسب قوة الدولة الاقتصادية وموقعها الجغرافي [١٤] .

ولكن على الرغم من ذلك نجد أنه في العقود التجارية ، وإعمالاً لمبدأ حرية الإرادة ، فإن للأطراف حرية اختيار القانون الذي يريدونه ليحكم أي نزاع ينشأ عن العقد . وفي كثير من الأحيان ، ورغبة في تحقيق حلول عمليّة ، نجد أن أطراف العقد التجاري الدولي يختارون ويؤكدون ذلك بالنص في عقودهم على قانون دولة معينة يتم اللجوء إليه : ليحكم النزاع الذي قد ينشأ مستقبلاً بين الأطراف المتعاقدة [١٥] .

مثل هذا اللجوء إلى تطبيق القانون الوطني ، أو قانون دولة معينة حسب اختيار الأطراف أصحاب العلاقة ، لا يعني بدوره استثناء تطبيق الأعراف والعادات التجارية الدولية ، حيث إن طبيعة العرف التجاري الدولي تسمح بل تشجع على تطبيق القانون الداخلي في بعض الحالات وعلى بعض العقود [١٦] .

المبحث الثالث
مرحلة التشريع التجارى الدولى

نشأت هذه المرحلة نتيجة لعدم ملاءمة القوانين الوطنية لظروف العلاقات التجارية الدولية . [١٧] كما أن الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة للمتعاقدين من قبل التشريعات الوطنية [١٨] ، وبمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود التجارية الدولية [١٩] ، إضافة إلى الاعتراف بمبدأ التحكيم التجارى فى إنهاء المنازعات التجارية الدولية وتنازل القضاء الوطنى عن هذه المهمة [٢٠] ، كل ذلك أدى إلى تطور قانون التجارة الدولية ، مما أدى بدوره إلى نشوء عدد من المنظمات الدولية التى تدعو إلى تقنينه وعالميته .

والعرف التجارى قد لا يكون متواترًا ومفهومًا ، كما أن القوانين الوطنية ليست متشابهة فى كل أرجاء العالم ، مما أدى إلى نشوء الحاجة إلى تقنين دولى يهدف إلى تنظيم التجارة الدولية [٢١] .

وإضافة إلى ذلك فقد تزايد النشاط الإقليمى لتوحيد وتطوير مبادئ القانون التجارى فى نطاقه الإقليمى مثل منظمة الوحدة الأوربية ، حيث بدأت فى إصدار قواعد قانونية موحدة لتنظيم الحركة التجارية تنطبق على كافة أفراد المجموعة [٢٢] . وكذلك الحال فى دول أمريكا الشمالية التى وقّعت أخيراً اتفاقية (نافتا NAFTA) للتجارة الحرة بين تلك الدول ؛ بهدف تحرير التجارة فيما بينها ، ووضع قواعد تجارية موحدة للجميع [٢٣] .

كما أن هناك كثيرًا من الاتفاقيات الثنائية التى لها تأثير كبير على المعاملات التجارية بين الدول مثل معاهدات التعاون والصداقة التى عادة ما توضح تفصيلاً العلاقات التجارية والاقتصادية بين دولة وأخرى ، والمعاهدات والاتفاقيات الدولية التى لها تأثير كبير على العلاقات الدولية مثل اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين لعام ١٩٥٨م [٢٤] ، ومعاهدة فينا لقانون البيوع الدولية التى صدر عنها قانون البيع الدولى للبضائع الذى وضع قواعد قانونية موحدة مستمداً أحكامه من الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية الدولية [٢٥] .

الهوامش

(١) مثال ذلك دخول البنوك والمؤسسات المالية لتمويل العقود الكبيرة ذات العنصر الدولى . انظر :

- William F. Fox: op. cit., p. 12.

(٢) Harold J. Berman & Colin Kaufman: The Law of International Commercial Transaction (Lex Mercatoria) . Vol., 19 Harvard International Law Journal , pp. 221-277, 222, (1978).

(٣) حمزة حداد : قانون التجارة الدولى ، ص ص (٣٤-٣٦) .

(٤) الأستاذ الدكتور محسن شفيق : اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص (١٣) .

(٥) تنص المادة (٩) الفقرة (٢) من اتفاقية فينا على أن «ما لم يوجد اتفاق خلاف ذلك ، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنًا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغى أن يعلما به متى كان معروفًا على نطاق واسع ومراعى بانتظام فى التجارة الدولية بين الأطراف فى العقود المماثلة السارية فى نفس فرع التجارة» .

(٦) تنص المادة (١٣) فى الفقرة (٥) من قواعد التحكيم والتوفيق الخاصة بغرفة التجارة الدولية التى تتحدث عن مهمة المحكم الذى يختاره أطراف العقد التجارى للتحكيم فى أى نزاع ينشأ بينهما على أن «يراعى المحكم فى كل الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية» .

(٧) الأستاذ الدكتور محسن شفيق ، مرجع سابق ، ص (٥٤) .

(٨) الإنكوتيرمز (Incoterms) هو اختصار لما يعرف بالمصطلحات التجارية الدولية International Commercial Terms ، وهى مجموعة قواعد متعارف عليها بين المشتغلين بالتجارة الدولية لتفسير المصطلحات التى يستعملها التجار عادة فى عقودهم وجرى العرف التجارى عليها . وقد قامت غرفة التجارة الدولية International Chamber of Commerce وتعرف اختصار بـ (ICC) ، بإصدار أول مجموعة من هذه القواعد المتعارف عليها دوليا فى عام ١٩٣٦م . والغرض منها هو وضع حد لاختلاف التفسيرات بين أطراف العقد الدولى نظرًا لاختلاف الأعراف التجارية والتفسيرات لها بين دولة وأخرى . وقد جرى وضع إضافات على هذه القواعد بين فترة وأخرى لمواكبة التطور فى التجارة الدولية ووسائل التقنية الحديثة كزيادة استخدام المراسلات الإلكترونية (EDI) مثلاً مما تطلب إضافة بعض المصطلحات الجديدة ، وكان آخر نسخة تم إصدارها فى عام ١٩٩٠م .

(٩) Harold J. Berman & Colin Kaufman , op. cit., p. 221.

(١٠) Ibid., p. 223.

(١١) Ibid., p 228.

(١٢) د. حمزة حداد ، مرجع سابق ، ص ص (٣٣ - ٣٤) .

(١٣) د. حمزة حداد ، مرجع سابق ، ص (٣٥) .

(١٤) الموقع الجغرافى والقوة الاقتصادية تفرض على الدولة قوانين قد لا تكون دولة أخرى بحاجة إليها ، فمثلاً : الدول البحرية تحتاج إلى إصدار قوانين تتعلق بالسفن والنقل البحرى ، والدول ذات الثقل الاقتصادى مثل أمريكا وبريطانيا وفرنسا لديها قوانين وطنية تتعلق بمعاملات البنوك والتبادل التجارى الدولى نظراً لموقعها كمركز مالى عالمى قد لا تجدها فى كثير من الدول غير المهمة . أيضًا قد تصدر الدولة قوانين تلزم التجار بالحصول على تراخيص تصدير واستيراد تعريفات جمركية أو ضرائب أو حوافز أو قواعد تحد من الإقراض أو إخراج النقود ، إلى غير ذلك من القوانين التى قد تختلف فى تعقيداتها باختلاف القوة الاقتصادية للدولة .

(١٥) د. سعيد يحيى : الوجيز فى النظام التجارى السعودى ، شركة مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع ، ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م ، ص (٢١) .

(١٦) على الرغم من تباين قوانين الدول المختلفة فى إقرار هذا المبدأ فقد أكدت عليه المؤتمرات الدولية واعترفت به كثير من الدول شريطة عدم المساس بمصالحها . وهذا من مبادئ العقود المتعارف عليها وهو استقلالية أطراف العقد Pacta Sunt Servanda ، وبناء عليه فالأطراف لهم حرية اشتراط ما يرونه من الشروط التى قد تخدم مصلحة الطرفين لتنفيذ العقد ما دامت مثل هذه الشروط لا تتعارض مع المبادئ الأساسية فى قانون الدولة أو المعاهدات الموافق عليها . انظر :

- William F. Fox , Jr., op. cit, p. 21.

(١٧) Harold J. Berman & Colin Kaufman, op. cit., p. 275.

(١٨) د. محيى الدين إسماعيل علم الدين : نظرية العقد ، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية (بدون تاريخ) ، ص ص (٧٧-١٠٧) ، وانظر أيضًا : د. حمزة حداد ، مرجع سابق ، ص (٣٧) .

(١٩) يعتبر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين Pacta Sunt Servanda من المبادئ المتعارف عليها دوليًا ، ويعنى أنه إذا أبرمت أطراف دولية عقدًا دوليًا يلتزم أطرافه بتنفيذ شروطه تنفيذًا عينيًا وفقًا لما تم الاتفاق عليه ، ولا يعفيهم من هذا الالتزام سوى الظروف الاستثنائية التى أباح القانون بسببها التحلل من هذه الالتزامات ، كنشوء ظرف طارئ أو قوة قاهرة تحول دون تنفيذ الالتزام كما تم الاتفاق عليه بين الأطراف . انظر فى هذا الخصوص : الأستاذ بهاء هلال دسوقى : قانون التجارة الدولية الجديد ، القاهرة ١٩٩٣م ، حقوق الطبع والنشر محفوظة للمؤلف .

وانظر أيضًا :

-P. S. Atiyah: The Rise and Fall of Freedom of Contract , pp. 681-700, Oxford: Clarendon Press,1971.

(٢٠) فى كثير من الدول هناك قوانين خاصة للتحكيم تجيز للأطراف اللجوء إليها لحل النزاع الذى قد ينشأ عند تنفيذ عقودهم ، مما يعد تنازلا من قبل السلطات عن الإصرار على أن القضاء الوطنى هو المختص بحل مثل هذه النزاعات .

(٢١) Erik Suy: Achievements of the United Nations Commission on International Trade Law, Vol, 15 International Lawyer, pp. 134-147, 1981 .

- John Honnold : The United Nations Commission on International Trade Law : Mission and Methods, Vol. 27, The American Journal of Comparative Law , pp. 201-245, 1979.

- J. D. Feltham : The United Nations Commission on Contracts for the International Sale of Goods, 1981, p. 346-361 .

(٢٢) Clive m. Schmitthoff : The Uniform Law on the International Sale of Goods , Vol., 19, Harvard International Law Journal , p. 264, (1978) .

(٢٣) William F. Fox, op. cit., p. 25.

(٢٤) See Unitd Nations Documents, June 10, 1958, 21. U.ST. 2517, T.L.A.A No. 6997, 330 U.N.T.S. 38. Also see :

- Alen Redfern & Martin Hunter : Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 46, (Sweet & Maxwell, London 1986).

(٢٥) John Honnold : Uniform Law for Intrnational Sales : Under the 1980 United Nations Convention, (kluwer Law and Taxation Publishers, 1987) .

الفصل الثانى

أنواع عقود التجارة الدولية

ما تحدثنا عنه فى الفصل السابق ينطبق على كافة أنواع العقود التجارية الدولية ، على الرغم من أن أغلب الأمثلة التى سوف نسوقها تكون مستنبطة من اتفاقات وعقود متعلقة بالبيع الدولى للبضائع ، حيث تعد أكثر العقود التجارية الدولية شيوعًا .

وعقد البيع الدولى للبضائع ليس هو الشكل الوحيد للعقود ، والاتفاقات التجارية الدولية على المستوى الدولى ، بل هناك أنواع كثيرة نذكر منها على سبيل المثال : عقود الامتياز التجارى International Franchising Contracts ، وعقود المشاركة المشتركة Joint Venture Contracts للقيام بأنواع متنوعة من الأعمال ، وعقود نقل التقنية Transfer of Technology & Licensing Contracts فى شكل تراخيص صناعية ، وعقود بيع الخدمات Contracts for The Sales of Services ؛ مثل عقود بيع الخدمات المالية والخدمات الاستشارية والإدارية ، وعقود الإنشاءات وبناء المصانع بأنواعها المختلفة International Construction Contracts سواء فى شكل عقود تسليم المفتاح Turns Key Contracts ، أو فى شكل أعمال إنشائية فقط Construction ، أو تمديدات وتركيبات لأجهزة ومعدات Installation Contracts ، وعقود القروض الدولية Loan Agreements International ، وعقود تأمين النقل Transport Insurance Contracts ، أو عقود إعادة التأمين Reinsurance Contracts ، أو غيرها من الأشكال التعاقدية المختلفة والمطبقة فى مثل هذا النوع من العقود ، إلى غير ذلك من أشكال العقود التجارية الدولية الأخرى [١].

كل شكل من هذه الأشكال السابقة للاتفاقيات والعقود مصمم ليقوم بهدف محدد ، كما أن لكل منها تعقيداته وتركيباته . وحيث لا يتسع المقام فى هذا المُؤَلَّف لأن نتعرض بالبحث لكل هذه الأنواع على حدة ؛ لذلك سوف نقصر بحثنا على بعض أنواع هذه العقود بالترتيب التالى وبإيجاز غير مخل ، وذلك فى المباحث التالية :

المبحث الأول : عقد البيع الدولى للبضائع والخدمات .

المبحث الثانى : عقود الوكالات التجارية .

المبحث الثالث : عقود الامتياز التجارى .

المبحث الرابع : عقود المشروعات المشتركة .

المبحث الأول
عقد البيع الدولى للبضائع والخدمات

لقد كان وضع قواعد عامة موحدة للقانون الدولى للبضائع من أهم الأعمال التى أنجزتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى (UNCETRAL) فقد كان قانون البيوع الدولية للبضائع على جدول أعمالها منذ عام ١٩٦٨م فى دورتها الأولى ، حيث كان على رأس الموضوعات التى لها أولوية فى أعمالها.

وبعد عقد عدة دورات من الاجتماعات وضعت مجموعة العمل المكلفة بذلك مشروعى اتفاقيتين : الأولى لتكوين عقد البيع الدولى ، والثانية لآثاره . وقد تم دمج المشروعين فى مشروع اتفاقية موحدة خصص الجزء الثانى منها لتكوين العقد ، وخصص الجزء الثالث لآثاره ، وترك لكل دولة حرية التصديق عليهما معًا أو على أى جزء منهما ، وذلك لتبرير ما سبق أن تم طرحه من مبررات لعمل اتفاقيتين منفصلتين فى مؤتمر (لاهاى) من عام ١٩٦٤م [٢] ، مراعاة لقواعد القانون الخاص وقوانين الإجراءات والقواعد الموضوعية بين دولة وأخرى ، ولعدم وجود قواعد تنازع قوانين موحدة بين الدول .

وقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة مشروع القانون [٣] ، الذى أحالته إلى مؤتمرها الدبلوماسى الذى انعقد فى مدينة (فينا) بدولة النمسا فى الفترة من ١٠ مارس إلى ١١ أبريل ١٩٨٠م ، حيث ناقش المؤتمر مشروع القانون ومن ثم أقره فى ١١ أبريل من عام ١٩٨٠م . ويحمل القانون عنوان اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع

الدولى للبـضـائع

national Sale of Goods والذى أصبح يعرف باتفاقية فينا لعام ١٩٨٠م ، وبدأ العمل به بالنسبة للدول التى صدقت عليه وفقًا للمادة (٩٩) من الاتفاقية فى اليوم الأول من شهر يناير من عام ١٩٨٨م وقد كان الهدف من وضع قواعد خاصة بالبيوع الدولية هو توحيد أحكامها ووضع ضوابط معينة للتفريق بينها وبين البيوع الداخلية وذلك لتأمين التجارة الدولية من مشكلات تنازع القوانين [٤] .

وتُعَدُ عقود البيوع الدولية للبضائع من أكثر أنواع العقود شيوعًا ، وقد تم البحث بصفة مستقلة فى هذا النوع من العقود بشكل واسع ومكثف من قبل كثير من الكتّاب [٥] . وهذه العقود فى حقيقتها تعنى بيع أى شيء محسوس بثمن محدد على النطاق الدولي . وينتج عن عقد البيع الدولى للبضائع الكثير من المشكلات التى قد تنشأ عن التعاقد وتنفيذ هذا النوع من العقود ، والتى تتعلق بدفع ثمن البضائع ، والموضوعات المتعلقة بسياسة الإغراق Countervailling duty [٦] .

أما بالنسبة للتجارة البينية Countertrade التى أصبحت من التعاملات التجارية المنتشرة بصفة كبيرة فى السنوات الأخيرة حتى صارت تماثل البيع الدولى للبضائع باعتبار أن الهدف منها هو الحصول على بضاعة معينة ، وإن كانت فى حقيقتها مبادلة بضائع ببضائع أخرى ، حيث يمثل كل عقد بيع لبضاعة ثمنًا للبضاعة المقابلة الأخرى ، فهذه التجارة هى مقايضة بضاعة ببضاعة أخرى تعد ببساطة ثمنًا للبضاعة المبيعة ، والعكس أيضًا صحيح بالنسبة للبضاعة المقابلة .

وعملية المقايضة عادة تتكون من عقدين للبيع والشراء تم التفاوض حولهما بين الأطراف المعنية ، وكلاهما يجب أن يتم تنفيذه بكل ما يتضمنه من التزامات حتى تتم عملية البيع والشراء بين الأطراف بتسلُّم كل طرف ما تعهد الطرف الآخر بتسليمه له [٧]. والمثال الواضح لذلك شراء المملكة العربية السعودية لطائرات مدنية وعسكرية من شركتى (بوينج) و (مكدونالد دوجلاس) الأمريكيتين لصناعة الطائرات فى مقابل بيع نفط للشركة المنتجة [٨] . وتهدف المقايضة فى أغلب الحالات إلى المحافظة على العملات الصعبة وزيادة التصدير للسلع المنتجة محليًا واختراق الأسواق المنافسة الأخرى .

كما أن عقود بيع الخدمات Sale of services تُعَدُّ من ضمن عقود البيوع الدولية ؛ لأنها أصبحت شائعة ومطلوبة على نطاق واسع خارج النطاق الإقليمى لموقع الشركة التى تقوم بتقديم الخدمة أيًا كان نوعها . والأمثلة على ذلك كثيرة ، منها : عقود بيع الخدمات المالية متمثلة فى تأسيس البنوك ذات العنصر الأجنبى وشركات الإقراض الدولية ، وعقود بيع خدمات التأمين ، وعقود تقديم الاستشارات الهندسية والإدارية والقانونية ، وعقود الإنشاءات والاستشارات الهندسية ، أو فى كثير من الحالات العقود المشتركة بين بيع بضائع ومواد وبيع خدمات ، كما هو الحال فى عقود تسليم المفتاح Turnkey Contracts ، التى بموجبها يتم بناء المصنع أو المشروع كاملاً مثل محطة توليد كهرباء ، وتسليمها عاملة من قبل شركة عالمية ، حيث تقوم الشركة الأجنبية بالمشروع من بناء وشراء للمواد والمعدات والآلات وتركيبها مع الأجهزة اللازمة حتى ينتهى المشروع ، ويبدأ تشغيله ، ثم تقوم بتسليمه إلى المالك (٩) .

وأصبحت عقود بيع الخدمات وعقود الإنشاءات والاستشارات الهندسية شائعة حول العالم وتدخل فيها شروط نموذجية تم إعدادها من قبل هيئات متخصصة كما هو الحال بالنسبة للشروط التى تم تطويرها من قبل الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين International Federation of Consulting Engineer, FIDIC (الفيدك) . كما نجد أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى قد أعلنت حديثًا عن شروط شاملة تتعلق بشروط البناء والتشييد للمشاريع الدولية تحت عنوان (١٠) Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works ، وعلى الرغم من أن هذه الشروط تركز على إنشاء المصانع والمشاريع المماثلة ، فإنه يمكن الاستفادة منها لأى نوع من أنواع عقود الإنشاءات الدولية .

وقد تم النص فى هذه القواعد على الكثير من الشروط الرئيسية المهمة التى منها : وصف طبيعة العمل ونطاقه ، وضمانات نقل التقنية ، والأسعار ، وطريقة الدفع ، والجداول المتعلقة بذلك ، ودور المهندس المشرف ، والمستشار للمشروع .

كذلك تم النص فيها على شروط بالنسبة للمتعاقد من الباطن ، والفحص ، وإكمال العمل وقبوله ، ومخاطر الفقدان ، والضمانات ، ومنها ضمان التنفيذ من قبل المقاول ، وضمان الدفع من قبل المالك ، ومسئولية التأخير فى ذلك ، والتعويضات ، والشرط

الجزائى ، وغرامة التأخير ، والتغييرات التى قد تحصل ، أو يتم طلبها أثناء التنفيذ ، وإيقاف العمل ، وإنهاؤه من قبل المالك ، أو المشكلات التى قد تحصل بعد الانتهاء من العمل ، وتنفيذ المشروع ، والالتزامات على المقاول مثل شرط برنامج التدريب ، وشرط توفير قطع الغيار ، والقانون الواجب التطبيق على النزاعات التى قد تحدث وأسلوب حلها. . . إلخ (١١) .

وبالإضافة إلى ما تقدم فهناك عقود خدمات مشهورة فى الدول النامية ، مثل عقد الخدمات الإدارية ، وهو عقد أو اتفاقية بموجبها تأخذ الحكومات المضيفة الفرصة والميزة للخبرات الأجنبية دون أن تعطى أو تتنازل عن حقها فى الموارد الطبيعية كما كانت فى عقود الامتياز سابقًا . وعقد الخدمات الإدارية فى حقيقته هو عقد شراء للخبرات التى يتمتع بها الطرف الآخر ، لأن المشترى للخدمات الإدارية يشترى فى الحقيقة الخبرة التى لدى البائع أو الإدارى ، ويرغب المشترى فى الحصول عليها وتطبيقها على نشاطاته أو أعماله .

ويتمثل عقد تقديم الخدمات الإدارية فى صورة اتفاقية لإدارة المشروع ، مثل مشروع تشغيل الهاتف الجوال فى المملكة العربية السعودية حيث أدخلت خدمة الهاتف المنقول حديثًا . فقد ترغب المملكة التعاقد مع الشركة الأمريكية المنفذة للمشروع فى تشغيله وإدارته لمدة معينة ، أو عقود تشغيل محطة الأقمار الصناعية التى تتعلق بمشروع الاتصالات الهاتفية ، إلى غير ذلك من العقود الفنية المعقدة التى تحتاج إلى الخبرة الفنية الأجنبية وتكون غير متوفرة لدى الدولة التى يتم تنفيذ المشروع فيها ، لعدم توفر الخبرات المتخصصة .

وعقد تقديم الخدمات الإدارية قد يرتبط بعقد آخر هو عقد التراخيص الصناعية طويلة المدة ، لأن عقد الخدمات الإدارية يضمن أن العملية الخاضعة للرخصة سوف يتم تنفيذها كما يجب من قبل أشخاص لهم خبرة فنيّة ومعرفة بما يقومون به ، مع إتاحة الفرصة لمواطنى الدولة المضيفة للتدريب على العمل ؛ حتى يتمكنوا فى النهاية من القيام بالعمل والإدارة بأنفسهم .

المبحث الثانى

عقود الوكالات التجارية*

تعد عقود الوكالات التجارية من العقود الشائعة على المستوى الدولى ، وهى نوع من العقود التى عادة ما تكون مقرونة بعقود بيع لبضائع أو خدمات ، فالشركات التى ترغب فى بيع بضائعها خارج حدودها لديها عدة طرق لتوصيل البضاعة إلى المستهلك ، أو المستخدم ، أو المشترى لها . من ضمن هذه الطرق أن الشركة المنتجة ربما تؤسس مكتبا لها كفرع ، أو شركة مساندة وفقًا للقواعد والتنظيمات الخاصة فى البلد الذى ترغب فى توزيع منتجاتها فيه ، حيث يمكن لها أن تسوق بضائعها ، ومنتجاتها من خلال هذا المكتب أو الشركة المساندة لها فى البلد الأجنبى .

إلا أن الغالب هو أن بعض الشركات المنتجة أو المصنعة تلجأ إلى وكيل محلى ؛ لأنها قد ترى أن تأسيس مكتب أو فرع لها فى الدولة المضيفة فيه بعض الخطورة ؛ نظراً لما يتطلبه ذلك من استثمار أموال طائلة أو مصروفات متصلة بالبدء فى ذلك ، والمحافظة على استمراريته دون وجود ضمان يضمن لها أن منتجاتها سوف تغطى الهدف المرسوم لها من ناحية التوزيع أو إقبال المستهلكين ، أو قد يكون هناك بعض العوائق القانونية فى الدولة التى ترغب فى توزيع منتجاتها فيها ، حيث إن كثيراً من الدول تضع أنظمة وقوانين للحيلولة دون ذلك بهدف تشجيع الاستثمار من خلال مواطنيها .

وعادة تقوم الشركة الأجنبية التى ترغب فى اكتشاف إمكانيات السوق الأجنبية لتسويق بضائعها أو خدماتها فيها دون الحاجة إلى استثمار مبالغ كبيرة - بتعيين وكيل موزع لبضائعها من مواطنى الدولة ذاتها التى ترغب التسويق فيها ، أو قد تتعاقد مع شركة أخرى من هذه الدولة لخدمتها كموزع لمنتجاتها. ومثل عقد التوزيع هذا يتميز ويختلف عن عقد الوكالة بصفة رئيسية فى الطريقة والأسلوب الذى يتخذ فى دفع المقابل المادى (العمولة) عن مهمة التوزيع للموزع أو للوكيل وذلك كما يلى :

فالوكيل يجلب منتجات المُصنِّع أو البائع ويعرضها على المشترى أو المستهلك عن طريق الاتصال به بواسطة الدعاية أو البيع المباشر ، بإثبات نماذج إيضاحية ودعائية

للمنتجات ، ومن ثم يتم البحث عن مشترين لها ، بينما عقد البيع الحقيقى يتم عقده بين البائع والمشترى مباشرة . أما الوكيل فيتم دفع أتعابه أو عمولته عادة عن جهوده فى عقد الصفقة بنسبة مئوية من قيمة المنتجات التى يتم بيعها . وللوكيل غالبًا لا يشاهد انتقال المنتجات بين المنتج والمشترى على الإطلاق ، وإنما يعمل على أساس النماذج التى يعرضها على المشترى ليوضح له بواسطتها صلاحية المُنْتَج ، أما البضاعة المبيعة فترسل من قبل البائع مباشرة إلى المشترى .

أما وكالات التوزيع فعلى العكس من ذلك ، حيث إن لها ترتيبات تجارية بموجبها يقوم الموزع ببيع منتجات الشركة الأجنبية فى البلد المقصود ويأخذ أتعابه من المكسب المتحصل من البضاعة المبيعة ، ويتحمل واقعيًا كل المخاطر من أجل طلب البضاعة وبيعها وتسلُّم الثمن من المشترى النهائى لها ، ويكون عقد البيع فى هذه الحالة بين الموزع والمشترى . وهذه العلاقة بين الأطراف تحكمها الأنظمة والقوانين الخاصة بهذا النوع من النشاط فى الدولة التى يتم فيها التوزيع للمنتجات ، لأنه فى الواقع لدى كل دولة مبادئ قانونية وقواعد خاصة تم تطويرها لتنظيم العلاقة بين الشركة المنتجة والوكيل ، ومثال على ذلك نظام الوكالات التجارية السعودى (١٢) .

وغالبًا ما يتم الدخول فى اتفاقيات التوزيع والوكالات التجارية من قبل الشركات الأجنبية والوكلاء المحليين كوسيلة لتفادى المخاطر ، حيث إن الموزع يشترى المنتجات من المصنع ، ويتحمل مخاطر بيعها فى دولته أو الدولة التى يسمح له بالعمل فيها . وفى كثير من الدول الصناعية - وبخاصة فى أمريكا - نجد أن الموزعين الأجانب يقرون أنها طريقة جذب وتشجيع للقيام بالعمل التجارى ؛ بسبب الإعفاء التفضيلى من الضرائب ، والذى قد يكون بين الدولتين بموجب اتفاق للإعفاء الضريبى المتبادل لتشجيع التجارة بين الدولتين .

ولكن على الرغم من ذلك فعقود التوزيع ليست خالية تمامًا من المخاطر والمشكلات ، فهناك فى بعض الدول مخاطر الوقوع فى مخالفة لقانون الاحتكار ، كما هو الحال فى أمريكا (١٣) ، وأوربا (١٤) ، بالإضافة إلى أن كل دولة لها قوانينها الخاصة التى تفرض ضوابط معينة على كل من الوكيل والموزع فيما يتعلق بالتسجيل للوكالة أو العقد وغيرها من الشروط . . . إلخ .

ويُعَدُّ استخدام الشركة المنتجة للوكلاء التجاريين كموزعين لمنتجاتها من أكثر الطرق المستخدمة لتسويق المنتجات الأجنبية فى العالم ، واختراق الأسواق الدولية من قبل الشركات الأجنبية ، حيث قدر أن أكثر من نصف التجارة الدولية يتم بمثل هاتين الطريقتين (١٥) .

وقد يترتب على تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذه العقود بعض المخالفات ، لذلك يجب عند إبرام عقود وكالات التوزيع مع المنتجين أو المُصنِّعين الأجانب ، بذل العناية الكاملة والحرص اللازم على الصياغة القانونية السليمة لمثل هذه العقود ؛ للتقليل من فرص حصول الخلافات على تفسير بنودها عند تنفيذها ، وعلى الخصوص تأثير عملية الإنهاء للعلاقة بين الأطراف المتعاقدة .

كذلك يُعد عقد التمثيل التجارى أحد الطرق المستخدمة لتسويق منتجات الشركات الأجنبية ، ولكن هناك بعض الفروق الأساسية بين هذين النوعين من العقود لا بد من توضيحها . بالنسبة لعقد التمثيل التجارى للشركة أو المنتج الأجنبى نجد أن الممثل يكون إما موظفًا له وإما متعاقدًا مستقلاً عنه . وكثير من قوانين الدول تعترف بأنه فى حالة ما إذا كان هناك ممثل تجارى ، أو وكيل تحت إدارة المنتج يتلقى توجيهاته منه مباشرة ، فإنه يمكن أن تنشأ عن هذه العلاقة علاقة عمل ، ومن ثم فإن قانون العمل الداخلى فى الدولة ربما يطبق على مثل هذه العلاقة (١٦) .

وقد نجد أن القانون الداخلى فى الدولة التى تهدف الشركة الأجنبية إلى توزيع منتجاتها فيها يفرض بعض القواعد والضوابط التى لا بد من اتباعها ، أو قد نجد أن المنتج الأجنبى يفضل أن يقوم بتعيين شخص اعتبارى وليس شخصًا طبيعيًا بهدف تحاشى بعض القواعد ، أو الضوابط التى قد تفرضها القوانين المحلية فى الدولة المستهدفة لتوزيع منتجاته فيها ، فيعمد إلى اللجوء إلى دفع نسبة مالية معينة تسمى (عمولة) ، فضلاً عن توظيف الشركة أو الشخص وفقًا لقوانين العمل المحلية ، ومن ثم يكون الممثل أو الوكيل التجارى الذى يمثله حرًا طليقًا فى اتخاذ قراراته والعمل الذى يقوم به لتسويق مثل هذه المنتجات .

وهناك الكثير من الشروط التى يجب أن يتم النص عليها ضمن فقرات العقد، ومنها الشروط التى تنص على حصريَّة الوكالة التجارية ، أو التوزيع للمنتجات التى

يرغب في توزيعها ، وشرط المدة اللازمة لعقد وكالة التوزيع التى يعتزم القيام بها عن الموكل الأجنبى بما يتناسب مع الاستثمارات والجهود التى يعتقد أنه سوف يصرفها ويبذلها فى سبيل تحقيق أرباح من خلال توزيع مثل هذه المنتجات .

ويجب النص أيضًا فى العقد على الحق فى الحصول على تمديد تلقائى للوكالة أو العقد إذا كان الوكيل أو الموزع قائمًا بعمله على خير وجه ، ووفقًا لما هو مطلوب من الرجل العادى فى مثل هذا النوع من التجارة. كذلك يجب النص على تفاصيل محددة ومعينة للأسباب التى توجب الإنهاء المبكر للوكالة أو مهمة التمثيل ، مع وجوب النص على فترة معقولة لإصلاح أى مخالفة ، أو تقصير غير مقصود لنصوص العقد ، ويجب النص على إعطاء فترة إشعار مناسبة ومتناسقة ومتوافقة مع الوقت والتشريعات المرعية التى تحكم مثل هذا النوع من العقود وفقًا للقانون الذى تم اختياره ليحكم العقد ، أو القانون الواجب التطبيق عليه ، وبما يتفق مع مدة العقد ، والعمل الذى تم الالتزام للقيام به .

وعادة ما نجد أن الممثل أو الوكيل التجارى هو الذى يبحث عن المُنتج الأجنبى ليطلب منه إرساليات للبضاعة من أجل بيعها ، ومن ثم فى حالة قبول المُنتج أو الشركة البائعة فإن العقد يكون بين المشترى للسلعة وبين المنتج أو المُصنّع الأجنبى ، ويتلقى المشتري ، أو العميل الفاتورة مباشرة من المُصنّع ، أو المُنتج الذى بدوره يتحمل مخاطر عدم موافقة المشترى عنه ومخاطر الدفع الأخرى ، لذلك نجد أن الممثل أو الوكيل فى مثل هذه الحالات يكون محدوداً فى نطاق عمله وصلاحياته فى تمثيل المُوكّل أو المُصنّع الأجنبى . أما بالنسبة لملكية البضائع فلا تنتقل عادة إلى الوكيل أو الممثل التجارى ، بل تبقى للمُصنّع أو المُنْتِج الأجنبى حتى اكتمال تنفيذ العقد بوصول واستلام البضاعة من قبل المشترى لها سليمة وفق ما تم الاتفاق عليه ، ويكون دفع العمولة للممثل أو الوكيل التجارى مقابل جهوده فى تسهيل التعاقد بين الأطراف بإعطائه نسبة على أساس ثمن البيع للسلعة المبيعة ، أو وفقًا لاتفاق الأطراف فيما بينهم فى مثل هذه الحالات .

وهناك بعض القواعد والشروط التى يجب مراعاتها عند صياغة العقود مع المُنْتِجين أو المُصنّعين الأجانب حفاظًا على حقوق كل الأطراف ، وبتوازن معقول ليس فيه أى

تعسف في استخدام الحق أو أي مخالفة للأنظمة المرعية ، وذلك كما يلي [١٧] :

١ - تحديد نوع المنتجات التي يرغب الأطراف التعاقد على توزيعها بتفصيل تام . وفي حالة ما إذا كانت المنتجات كثيرة ودقيقة فيستحسن النص عليها في جداول ملحقة بالعقد ، والنص على أنه يمكن تعديلها بالزيادة أو النقص باتفاق كتابي بين الأطراف المتعاقدة من وقت لآخر . ويجب أن يتم أيضاً النص في العقد الموقع بين الأطراف على ما إذا كان هناك حقوق للتصنيع أو البيع يمكن أن يقوم بها الموزع ، أو حقه في تعيين متعاقد أو موزع من الباطن .

٢- الحذر من النص على إبراء الشركة المنتجة أو الصانعة للمنتجات التي تم التعاقد على توزيعها من الالتزام بضمان تقديم الخدمات لمثل هذه المنتجات في حالة التوقف عن صناعتها أو إنتاجها ، بل على العكس بالنسبة للوكيل الوطني يفضل له أن يعمل جاهداً على وضع نص في العقد يلزم الشركة المنتجة أو الصانعة على الاستمرار في تقديم الخدمة ، والضمان لتوفير قطع الغيار للمنتجات التي تم التعاقد على توزيعها حتى ولو تم التوقف عن إنتاجها في بلد الصنع ؛ وذلك ضماناً لاستمرارية الاستفادة من المنتجات التي تم بيعها عن طريق الوكيل أو الموزع في بلده ، وتحاشياً لمخالفة القوانين المحلية التي تلزمه باستمرار تقديم الدعم والصيانة وقطع الغيار للمنتجات التي توزع عن طريقه [١٨] . كما يجب أن يتم التحديد المقصود بقطع الغيار بالنسبة للمنتجات التي قد تحتاج لقطع غيار في المستقبل ، ووضع ذلك في العقد بين الطرفين .

٣- تحديد المنطقة التي مُنِحَت الوكالة للوكيل فيها أو النطاق الجغرافي لها بحيث تكون واضحة لا لبس في حدودها الجغرافية أو الإقليمية ، ويمكن وضع ذلك في أحد ملاحق العقد؛ للتسهيل على الطرفين في تعديلها إذا كانت هناك رغبة في تمديد نطاقها أو إنقاصه بالاتفاق بينهما.

٤- النص صراحة وبوضوح على مدة العقد بين الطرفين ، وتاريخ بدء العمل به ، وتاريخ انتهائه ، مع النص في حالة رغبة الأطراف في التمديد أن يكون هذا التمديد تلقائياً ، وليس مشروطاً ، ما لم يحصل من الوكيل ما يعد مبرراً مشروعاً وسبباً معقولاً لعدم تجديده ، وتحويله لوكيل آخر غيره .

٥- يفضل أن يتم التفاوض بين الوكيل الوطنى وبين الشركة المُنتجة أو المصنِّعة ، على وكالة توزيع حصرية للمنطقة التى اختار الأطراف التعاقد على التوزيع فيها . فإذا كان الاتفاق حصرياً يجب أن يحدد فيه بدقة أن الشركة المنتجة أو المصنعة مانحة الوكالة ليس لها الحق فى تعيين موزع آخر فى نفس الإقليم أو المنطقة التى حصل الوكيل أو الموزع على حق الوكالة فيها ، وأنه فى حالة رغبتها فى توسيع نشاطها فى هذا الإقليم أو المنطقة لا بد أن تأخذ موافقة الوكيل أو الموزع الحصرى الأول الذى تعاقدت معه على ذلك ، مع الحرص على النص صراحة على أن المُنتج أو الشركة الصانعة ليس لها الحق فى بيع المنتجات التى يكون للوكيل أو الموزع الحق فى توزيعها ، بموجب الاتفاق على أى طرف ثالث يقوم ببيع هذه المنتجات ، إلى من يقوم ببيعها فى الإقليم أو المنطقة الحصرية التى تم التعاقد على وكالة التوزيع فيها بين الأطراف المتعاقدة ، وأن للوكيل أو الموزع الوطنى الحق فى ملاحقة أى طرف بما فى ذلك الشركة المنتجة فى حالة مخالفة هذا النص ، كما أن له الحق فى طلب التعويض عن الخسارة التى لحقته وما فاته من كسب نتيجة الإخلال بالعقد والمتمثل فى عدم الامتثال لهذا الشرط . ولا شك فى أن القدرة على وضع هذا الشرط تحددها الخبرة التى يتمتع بها المحامى المفاوض ، والقوة التفاوضية للأطراف ، وقوة الشركة الصانعة وقدرتها وقدرة الوكيل على المناورة .

٦- كثير من الشركات الأجنبية المصنعة والمنتجة تحاول جاهدة النص على وجوب أن يقوم الوكيل باستخدام كل الجهود الممكنة ، كالتزام على الوكيل للمحافظة على نسبة المبيعات المنصوص عليها فى العقد ، وزيادتها بنسبة سنوية تصاعدية ، لزيادة حصتها فى السوق المحلية للمنطقة الممنوح الامتياز فيها.

ومن مصلحة الوكيل الحرص على تجنب النص على التزامه بعدم بيع منتجات مماثلة أو منافسة للمنتجات التى أخذ وكالتها ؛ علماً بأن الشركة الموكلة سوف تحاول العمل على النص على مثل هذا الشرط ، وذلك لحصر الوكيل فى بيع منتجاتها ، ومن ثم وضع كل استثماراته للرفع من نسبة مبيعات ما تعاقد على توزيعه فى السوق إلى أعلى نسبة ممكنة مستخدماً كل جهوده الممكنة ، لأن الاعتقاد السائد لدى كثير من الشركات الأجنبية أن الوكيل سوف يشتت جهوده إذا أخذ يعمل على توزيع عدة

منتجات متماثلة أو متنافسة فى السوق ، ومن ثم لن يحرص على تركيز جهوده واستثمارها فى رفع نسبة مبيعات المنتجات التى تعاقد على توزيعها .

٧- ضرورة تجنب النص على تحقيق نسبة مبيعات محددة ، وهو ما ترغب كثير من الشركات الأجنبية فى النص عليه . فالشركة الأجنبية تحرص دائمًا على أن تفرض على الوكيل الوطنى التزامًا تعاقديًا بضرورة تحقيق نسبة مبيعات محددة سنويًا للمنتجات المتعاقد على توزيعها ، كما تحرص هذه الشركات إذا نجحت وفرضت على الوكيل الوطنى مثل هذه النسبة على النص فى العقد على أنه من حق الشركة الموكلة مراجعة هذه النسبة سنويًا ، أو فى فترات تحددها حسب رغبتها .

٨- وبالنسبة لتعديل الأسعار نجد أن المصنِّعين أو المُنْتجين الأجانب يعملون عادة على الاحتفاظ بالحق فى تعديل الأسعار بالزيادة وفقًا لإرادتهم من وقت لآخر بعد إعطاء إشعار محدد بمدة معينة ، وإذا تم النص على مثل هذا فإنه يستحسن التفاوض على أنه من حق الوكيل أو الموزع وضع شرط صريح فى العقد ينص على أن له الحق فى تحديد سعر التجزئة وفقًا لما يراه متفقًا مع مصلحته .

٩- يستحسن أن يتم النص على طريقة الدفع ووقته ، والعملة التى يجب الدفع بها بين الأطراف المتعاقدة ؛ لتجنب الوقوع فى الخلاف مستقبلاً عند تغير سعر الصرف للعملة الوطنية .

١٠- قد يرغب المنتج أو المُصنِّع فى أن يفرض على الأخير كمية مبدئية أولية ، وفقًا لنوع البضاعة أو المنتجات التى يقوم بإنتاجها أو تصنيعها ، وذلك منذ الوهلة الأولى للتعاقد مع الوكيل الوطنى ، وقد يشترط أيضًا أن تكون الطلبية التالية لها محددة بحد أدنى من البضاعة محل التعاقد على الوكالة ، لذا يجب التفاوض مع الشركة المنتجة على مقدار الكمية المبدئية وفقًا لحاجة ومتطلبات السوق . وقد يحاول المُنتِج أو المُصنِّع النص على شرط يعطيه الحق فى رفض قبول طلبات الوكيل الوطنى أو الموزع الوطنى إذا كانت كمية كل طلبية أقل من الكمية المنصوص عليها ، أو أن قيمتها تقل عن قيمة الكمية التى تم تحديدها مسبقًا فى العقد . وقد يحاول النص أيضًا على الاحتفاظ بحقه فى تعديل هذه النسبة من وقت لآخر وفقا لإرادته المحضة . لذلك يستحسن التفاوض على تخفيف حدة هذه الالتزامات ، أو محاولة تجنب النص عليها بقدر الإمكان .

١١- يجب أن يبين العقد الموقع بين الطرفين بالتفصيل طريقة تقديم الطلبات من قبل الوكيل أو الموزع الوطنى إلى الموكل ، كذلك يجب أن يحدد العقد المدة التى يجب خلالها أن يصل قبول الطلبية أو رفضها إلى الموزع أو الوكيل الوطنى .

ولا بد أيضًا أن يتم تحديد ما يجب عمله فيما لو تم التوقف عن تصنيع ، أو إنتاج أى من المنتجات التى تم التعاقد على توزيعها ، وما هو العمل بالنسبة إلى الطلبيات التى تم طلبها قبل وصول العلم إلى الموزع بالتوقف عن إنتاجها ، والتزام المُنتج أو المُصنع بتوفير كل الطلبيات لهذه المنتجات التى قبلها قبل وصول العلم إلى الموزع أو الوكيل ، لأن الموزع ربما يكون قد تعاقد على توفيرها إلى جهة ما بينما هى لم تعد متوفرة لدى المُنتج أو المُصنِّع ؛ نظرًا للتوقف عن تصنيعها ، مما قد يؤدى إلى تحمل الوكيل أو الموزع دعاوى قد ينتج عنها تعويضات كبيرة لو تمت مقاضاته من قبَل من طلبها باعتبار أن عدم الوفاء بها يعتبر إخلالاً بالالتزامات المنصوص عليها فى العقد . وفى حالة ما إذا كانت شروط الطلبيات مختلفة عن الشروط التى تم النص عليها فى العقد فيستحسن وضع نص فى العقد يبين أن شروط هذه الطلبيات ، أو أوامر الشراء التى يتم إصدارها من قبل الموزع لا تعنى أى تعديل فيما تم التعاقد عليه مسبقًا بين الأطراف .

١٢- أن يتم النص على أن يتضمن كل أمر شراء يقدم من قبل الوكيل ، أو الموزع تعليمات وشروط الشحن للبضاعة من قبل المُنتج أو المُصنِّع للسلعة المطلوب شحنها له . وهذه الشروط تتضمن التسليم فى مدة لا تقل عن عدد من الأيام كحد أدنى من تاريخ استلام الطلب ، مع وضع بعض الضوابط للمرونة اللازمة فى مثل هذه الحالات .

ومن الأفضل أيضًا أن يتم النص على أن المُنْتِج أو المُصَنِّع سوف يكون ملزمًا تعاقديًا بتحمل دفع أية مبالغ إضافية للشحن ، أو الرصّ والخزن ، نتيجة إخلاله وعدم التزامه بما تم النص عليه من شروط ومدد فى أمر الشراء الذى سبق أن قبله وأى عواقب تبعية لذلك . ولابد أيضًا من أن تتخذ العناية الكاملة بتحديد معانى بعض مصطلحات وشروط العقود التجارية ، وأن يتم النص صراحة على أن معناها أو أن التعاقد يتم على أساس ما تعنيه هذه الشروط والمصطلحات فى نشرة غرفة التجارة

الدولية الصادرة فى تاريخ معين ، وذلك مثل العقد (فوب) أو العقد (سيف) حتى يمكن تحديد المعنى الحقيقى الذى ذهبت إليه نية الأطراف عند التعاقد .

١٣- أن يتم النص وتحديد شروط قبول البضاعة من قبل الموزع أو الوكيل الوطنى فى حالة تسليمها له ، ولا بد أيضاً من تحديد الأسباب التى على أساسها وبوجودها يحق للموزع أو الوكيل الوطنى رفض استلام البضاعة المرسلة له بناء على طلبه كشرط فحصها ، على الأقل الفحص النظرى بالاطلاع عليها بالعين المجردة ، فى خلال مدة معينة ومحددة بعد التسليم ، وبحد أعلى من الوقت والمدة التى بمرورها تكون أى شكوى أو ادعاء بوجود عيوب فيها غير نافذين ، كعيوب الصنع ، أو العيوب التى قد تطرأ عليها أو النقص فيها . كل ذلك يجب توثيقه ومن ثم إبلاغه إلى المُنْتِج أو المُصَنِّع لها فى خلال المدة المحددة ، فإذا انتهت المدة دون أن يتم تبليغ المُصنِّع من قبل الموزع بهذه العيوب أو النقص ، فسوف يكون ذلك بمنزلة إعفاء من المسئولية على المُصنِّع أو المُنتِج ، ومن ثم يكون ذلك تنازلاً من قبل الوكيل أو الموزع عن دعواه .

إضافة إلى ذلك لا بد من أن يتم تحديد الطرق والوسائل التى بواسطتها يمكن التأكد من العيوب التى تكون محل ادعاء من قبل الموزع أو الوكيل ، وأن يتم النص على ذلك فى العقد ، أو اتفاقية التوزيع الموقعة بين الأطراف . وفى كثير من الأحيان يَعْمِد كثير من المنتجين إلى الاحتفاظ بالحق فى تبديل وتغيير المنتجات التى وجد أنها معيبة أو ناقصة بكمية كافية وبما يرضى المشترى وفق ما تم النص عليه فى أمر الشراء . ويتحمل المُنتِج أو المُصَنِّع كل التكاليف التى قد تنشأ عن ذلك ، أو يتطلبها توصيل المنتجات إلى الموزع ، أو الوكيل مثل أجور الشحن ، والتحميل ، وخلافه ، وهذه التكاليف يتم دفعها نقداً ، أو إضافتها كدين على المُنتِج لصالح الموزع أو الوكيل مقابل أن يلتزم الموزع أو الوكيل بإعادة كافة المنتجات المعيبة إلى المُنتج أو المُصنِّع على حساب نفقتهما ، أو التخلص منها بالطريقة التى يراها المُنتِج أو المُصنِّع ملائمة له .

١٤- لا بد من أن تتخذ العناية التامة لوضع شرط فى العقد ينص على ضمان المنتجات حماية للموزع . وعند النص على مثل هذا الشرط فقد يطلب المصنِّع ، أو المُنتِج للسلعة أن يكون متوافقاً مع سياسته فيما يتعلق بنطاق الضمانات

المقدمة ، ومدتها التى يتم التعهد بها. لذا يستحسن العمل على وضع حد لهذه الضمانات سواء فيما يتعلق بالضمانات المنصوص عليها صراحة فى العقد ، أو على المنتجات أو الضمانات الأخرى بما فيها ضمان صلاحية المنتجات للغرض الذى صنعت من أجله فى كل الأجواء المناخية ، والظروف المحيطة بتشغيلها. كما أنه كثيراً ما يتم النص على أن الضمان يعتبر لاغيًا إذا لم تستخدم المنتجات الاستخدام السليم ، أو تم تعديلها ، أو تعديل الغرض الذى صنعت من أجله ، أو لم يتم تصليحها بطريقة سليمة ، أو حدث إهمال فى استعمالها .

١٥- أن يتم النص أيضًا على تحديد المسئول عن تحمُّل تكاليف التصليح الناشئة عن الضمان الذى يقوم به الموزع ، أو الوكيل للمنتجات التى يقوم بتوزيعها نيابة عن الشركة الأجنبية . كذلك النص على الكمية اللازمة من قطع الغيار ، وفقًا لطبيعة المنتجات التى يجب توافرها فى مخازن الوكيل أو الموزع باعتبارها ضرورية لدعم استمرار المنتجات التى تحتاج إلى تصليح سريع .

١٦- إذا كان محل وكالة التوزيع منتجًا له علامة تجارية معينة فلا بد من تسجيلها لدى الجهة المختصة بذلك لحمايتها من أى انتهاك . وإذا كانت هناك حاجة لاستخدام حقوق الملكية عند استخدام المنتج محل التوزيع فلا بد من النص فى العقد على وجوب السماح به من قبل المُنتِج للسلعة ، وتحديد حقوق الموزع وصلاحيته ، أو الوكيل التجارى فى التصريح باستخدامه من الباطن من قبل شخص آخر .

هذا وقد يَعْمِد المُنتِج أو المُصنِّع إلى وضع نص فى العقد يقضى بأن على الموزع التزاماً بإشعاره بأى انتهاك لحقوق الملكية ، أو أى انتهاك لأى حقوق له فى العلامات التجارية التى وصلت إلى علمه أو عرف عنها ، أو النص على أن من واجب الموزع أو الوكيل تقديم المساعدة للمُنتِج أو المُصنِّع فى تتبع المخالف وملاحقته قضائيًا إذا رغب مالك العلامة فى ذلك على حسابه .

وبما أن الدعوى ضد المخالف هى لمصلحة المنتج المالك للعلامة ، لذلك يجب النص على أن الموزع لا يتحمل أية مسئولية ، وعلى مالك العلامة تعويضه عن أى دعاوى أو قضايا مرفوعة ضده وتتعلق بموضوع متابعة المخالفة ، أو أى تكاليف أو منصرفات أخرى تنشأ عن أى خرق لحقوق الملكية من قبل طرف ثالث .

١٧- النص فى العقد بين الطرفين على وجوب التزام المنتِج أو المصنِّع بتوفير كافة المعلومات التقنية والفنية عن المنتجات التى تم التعاقد على توزيعها ، ومعلومات التسويق ، والمعلومات المتعلقة بتطوير المنتجات ، أو التى تتعلق بأى تطوير يتم على المنتجات بمجرد حصول هذا التطوير ، بالإضافة إلى المساعدة فى توفير الدعاية التجارية لها والتى تتمثل فى توفير المواد اللازمة لذلك . أما فى حالة رغبة المُنتج أو المُصنِّع فى النص على عدم استخدام مغلفات معينة ، أو منشورات توضيحية عن المنتجات ، أو دعائية لها إلا بعد أخذ إذنه فى ذلك كتابة ، فيجب النص على مثل هذه الشروط صراحة ، كما يجب النص على من سوف يتحمل تكاليف ترجمة المعلومات التوضيحية الواجب وضعها على المنتجات ، أو تضمينها فى النشرات التوضيحية للمنتج محل عقد التوزيع .

١٨- فى حالة رغبة المُنتِج فى أن يقوم الموزع بعمل تقرير دورى عن معلومات السوق والاقتراحات التى يرى أنها ضرورية لتطوير المبيعات ، أو تحسين المنتج بما يتفق مع المناخ السائد فى منطقة التوزيع وأى تطوير يتعلق بشكاوى العملاء المستهلكين للمنتجات ، فيجب الاتفاق والنص على ذلك صراحة فى العقد ، وكذلك النص على من سوف يتحمل تكاليف إعداد هذا التقرير .

١٩- إذا كان المنتِج يعتقد أن هناك معلومات سرية تم الكشف عنها للموزع فسوف يعمد إلى العمل على وضع شرط يضمن المحافظة على سرية هذه المعلومات ، لذلك يجب توضيح طبيعة هذه المعلومات السرية ومن ثم إقرار الموزع بسريتها ، أو بأنها تستحق السرية ، على أن يتم النص صراحة على ذلك فى العقد بين الطرفين ، فإذا حصل أن تم الكشف عن مثل هذه المعلومات السرية فسيكون ذلك سببًا مباشرًا لإنهاء العقد من قبل الوكيل دون أن يحق للموزع طلب التعويض ، ويكون للمُنتِج الحق أيضًا فى طلب التعويض عن الأضرار التى سببها الكشف عن مثل هذه المعلومات السرية باعتبار أن الكشف عنها يعتبر إخلالاً بالعقد . ويجب أن يستثنى من ذلك - بالنص عليه صراحة فى العقد - الكشف عن المعلومات للجهات الرسمية أو المطلوبة بقوة النظام والذى لا يستطيع الموزع مخالفته ، أو المعلومات الضرورية التى لا بد من الكشف عنها لتسهيل استخدام المنتجات .

٢٠- النص صراحة على الأسباب التى بتحققها يكون للمُوكل أو المُنتِج الحق فى إنهاء العقد دون إشعار مسبق ، إلا أنه يجب التفريق بين هذه الأسباب وبين الإخلال بالعقد أو بأحد شروطه التى ينتج عنها إنهاء مباشر وتلقائى للعقد . مثال على ذلك الحالات التى تعطى الحق فى الإنهاء الفورى والتى ربما تتضمن التنازل عن العقد لمصلحة الدائنين . أما فى حالة الإنهاء بسبب الإخفاق فى معالجة أسباب الإخلال بالالتزامات المنصوص عليها فى العقد ، مثل الإخفاق فى تحقيق نسبة الحد الأدنى من المبيعات أو نسبة الحد الأدنى من المشتريات من المُنتِج ، والتى سبق الالتزام بها بموجب نص فى العقد ، أو تقديم تقرير غير صحيح أو خاطئ ، فلا بد من إعطاء إشعار محدد بمدة معينة يتم النص عليها فى العقد . كذلك النص على وجوب تقديم إشعار بالإنهاء قبل اتخاذ أى إجراء من هذا النوع ، وتحديد المدة اللازمة حتى يعتبر الإشعار نافذاً . كما يجب تحديد وسيلة توصيل الإشعار إذا كان تحديد الوقت ضرورياً فيه ، وأن تكون هذه المدة المنصوص عليها فى الإشعار مدة معقولة لوصوله إلى علم الطرف الآخر المعنى به .

٢١- ضرورة النص على حق المنتِج فى إعادة شراء المنتجات التى فى حوزة الموزع بعد إنهاء العقد بسبب مشروع Inventory Repurchase ، وهذا الشرط يكون لصالح المُنتج عندما يتم إنهاء العقد من قبله بسبب مشروع ، خاصة إذا كان هناك كمية من المنتجات قد أرسلت للموزع وتم تخزينها فى مخازنه . والهدف من هذا الشرط هو الحيلولة دون إغراق السوق بمثل هذه المنتجات ، التى هى من إنتاج الموكل فى حالة إنهاء العقد بسبب مشروع وتعيين الموكل أو المنتج وكيلاً وطنياً آخر للقيام بمهمة التوزيع لها ، وهذا يعتمد على طبيعة المنتجات محل عقد التوزيع أو الوكالة . ويجب عند وضع مثل هذا النص فى العقد أن يكون الشراء بسعر التكلفة لمخازن الموزع وليس بسعر التجزئة . أيضاً يجب أن يتم النص على شراء المنتجات التى يمكن تسويقها والتى سبق شراؤها من المنتج لتفادى وجود كمية قديمة سبق أن تركها الموزع مهملة حتى تلفت أو أن تكون هذه الكمية غير صالحة للاستعمال نتيجة سوء حفظها . وفى حالة الإنهاء بسبب أو انتهاء مدة الوكالة وعدم اتفاق الأطراف على التمديد يجب أن يتم النص أيضاً على التزام الموزع أو الوكيل بإرجاع كافة المواد والأشياء

المخصصة للدعاية والمواد التوضيحية التى سبق أن هيأها الموكل للموزع أو الوكيل إذا سبق أن تم تقديمها له دون مقابل .

٢٢- فى كثير من الحالات سوف يعمد الموكل إلى النص فى العقد على وجوب أن يتوقف الوكيل أو الموزع عن استخدام كافة الحقوق التى كانت ممنوحة له بموجب اتفاقية التوزيع أو الوكالة ، ومنها الامتناع عن استخدام اسم المنتج والعلامة التجارية للمنتجات التى كان يقوم بتوزيعها ، وأن يتعاون مع المُنتِج على إلغاء تسجيل حق الاستعمال لدى الجهات المختصة من قبله ما عدا ما يتعلق ببيع المتبقى من المنتجات لديه والتى قد يسمح له بها المُنتِج .

٢٣- فى بعض الحالات قد يتطلب الأمر أن يكون من مصلحة المنتج أن يتم النص فى العقد على التزام الموزع أو الوكيل بإحالة كافة الاستفسارات والطلبات التى تتعلق بالمنتَج الذى كان متعاقداً على توزيعه إلى المُنتِج ذاته .

٢٤- تحديد مسئولية الأطراف فى العقد ، الناتجة عن الإنهاء ، والتى قد يكون من مصلحة كل منهم أخذها بعين الاعتبار ، بما فيها مسئولية فقدان الأرباح المتوقعة فى بيع كان متوقعًا أو فى استثمار قد يكون متوقعًا أو عقود إيجار أو أى التزام أو تعهد آخر متعلق بالوكالة بين الأطراف .

٢٥- أن يتم النص على وسيلة حل المنازعات التى قد تنشأ بين الأطراف نتيجة تنفيذ العقد . ويفضل النص على التحكيم باعتباره الوسيلة التى وقع عليها اختيار الطرفين لحل نزاعاتهم المستقبلية التى قد تنشأ بينهم وفقًا لقواعد تحكيم معينة ، على أن يتم تحديد النص على المكان الذى يتفق الأطراف على إجراء التحكيم فيه ، وتحديد عدد المحكمين ، إلى غير ذلك من التفاصيل التى سوف نشير إليها فى الباب الأخير من هذا البحث .

٢٦- أن يتم النص صراحة على تحييد الاتفاقات السابقة الأخرى المتعلقة بنفس الموضوع المتعاقد عليه بين الأطراف وذلك لإلغاء كافة الالتزامات التى تكون قد نشأت عن أى من الاتفاقات الشفوية أو المراسلات التى سبق أن تبادلها الأطراف فيما بينهم قبل توقيع العقد .

٢٧- فى عقد التوزيع عادة يتم النص على أن الاعتبار الشخصى من مقوماته ، لأن اختيار المنتِج أو المصنِّع لشخص أو شركة بعينها لتوزيع منتجاته له اعتبارات معينة ، وعليه فلا يحق للموزع أو الوكيل التنازل عنه كليًا أو جزئيًا دون موافقة الموكل ، وأى مخالفة لذلك قد تكون سببًا مباشرًا فى إنهاء العقد ما لم يتم الاتفاق على حق الوكيل أو الموزع فى ذلك .

٢٨- اختيار القانون الواجب التطبيق على أى نزاع قد ينشأ عن تنفيذ العقد بين الأطراف شيء ضرورى ؛ لأن الأطراف يحددون مسبقًا وعن علم وقصد القانون الذى يرغبون فى أن يحكم النزاع فيما لو حصل بينهم . كما يلزم المحكمون بالنظر فى أى نزاع بين الأطراف على ضوء القواعد المنصوص عليها فى هذا القانون الذى يعرف الأطراف مسبقًا العواقب التى قد تنشأ عن مخالفته بالنسبة لكليهما عند تنفيذ العقد . ويجب أن يكون اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق ناتجًا عن روية ودراية بحيث لا يكون فيه أى معارضة أو مخالفة لقواعد المصلحة أو النظام العام فى الدولة التى سوف يطبق وينفذ فيها على النزاع بين الأطراف حسب اختيارهم ، وإلا تعرّض هذا الاختيار لنقض المحكمة المختصة على أساس مخالفته للنظام العام .

المبحث الثالث

عقود الامتياز التجارية

تعتبر عقود الامتياز التجارية Franchise Contracts نظامًا جديداً لتسويق البضائع والخدمات [١٩] ، من أفكار النظام الأمريكى [٢٠] ، وهى فى نطاقها ومعناها تقع بين عقود التوزيع وعقود التراخيص Licensing Agreements [٢١]. وقد نشأت أولاً فى داخل الولايات المتحدة الأمريكية ومن ثم بدأ استخدامها من قبل الشركات الأمريكية على النطاق الدولى . والعلاقة فى ذاتها سهلة ويمكن وصفها فى المثال التالى ؛ مثلا شركة أطعمة (أ) عملت وجبة جديدة أحبها الجمهور ، وبعد شهرتها القائمة على الدعاية والتسويق الجيد أقبل الجمهور عليها، وعندما ترغب شركة (أ) فى تطوير حصتها فى

السوق فلديها طريقان : تمويل وبناء وتشغيل مراكز أخرى لبيع منتجاتها ، أو بيع الامتياز لمن يقوم بالمهمة بالنيابة عنها .

وعادة يتم استثمار أموال كبيرة فى عقود الامتياز، حيث نجد أن من يقوم بتشغيل المطاعم أو الفنادق أو غيرها من الأعمال وفق نظام الامتياز مستخدماً العلامة التجارية للشركة الأم ، يدفع لمالك الامتياز نسبة معينة من إجمالى الدخل وليس من الأرباح ، وعليه ، فالشركة المالكة تحصل على هذه النسبة سواء حصل المستثمر على أرباح أم لا ، أما المستثمر فيستفيد بدوره من الدعاية الكبيرة والشهرة العالمية للمالك . وهذه الطريقة أصبحت مشهورة جداً للتجارة فى أمريكا وخاصة فى تجارة الخدمات كخدمات الفنادق ، وتشغيل محطات الوقود ، ومطاعم الوجبات السريعة ومن أشهرها مكدونالدز الذى أصبح من الصعوبة الحصول على وكالته .

ولكن على الرغم من شهرة هذا الأسلوب فى التجارة مع الشركات الأمريكية فهناك دول عديدة - ومنها الدول الأوروبية [٢٢] - ترى فى ذلك أمركة Americanization للتجارة فى بلدها وتأثيراً على العادات والثقافات المحلية والاقتصاد المحلى [٢٣] . كما ترى أيضاً أن هذه العقود فى كثير من الأحيان مفروضة من قبل الشركات الأجنبية وفيها إجحاف بحقوق الوكيل فى عقد الامتياز ، لذلك وضعت ضوابط كثيرة لتنظيم مثل هذه العقود . وقد انصاعت الشركات الأمريكية لهذه الضوابط لما لهذه الدول من قوة اقتصادية ولما لسكانها من قوة شرائية كبيرة ومغرية بالنسبة للشركات مانحة الامتياز ، بعكس الحال فى دول العالم العربى وغيرها من دول العالم الثالث التى ليس لديها حول ولا قوة سوى الانصياع لشروط شركات الامتياز أو العزوف عن تقديم مثل هذه الخدمات فيها.

ولهذه العقود سلبيات ومشاكل كثيرة تواجهها الدول النامية . ومن هذه المشاكل أن الخدمات التى تقدم عن طريق مثل هذه العقود لا يكون لها مردود تنموى لتطوير قدرات المواطنين فى هذه البلاد ، بل على العكس من ذلك قد تؤدى إلى الاستنزاف الاقتصادى المتمثل فى دفع الجعالة التى تفرضها طبيعة هذا النوع من العقود لأنها تؤثر على العملات الصعبة وتكون وسيلة لإخراجها من البلد مما يؤثر على الاقتصاد الوطنى ، لذلك فإن انتشار هذا النوع من العقود فى الدول النامية لا يبشر بمردود كبير من ناحية زيادة تقدمها الصناعى والتقنى .

وهناك أشكال كثيرة جداً لهذا النوع من العقود للتعاقد على المستوى الدولى . فهى قد تكون بصيغة شركة مشتركة بين المالك للامتياز والممنوح له الامتياز ، أو قد تكون عن طريق عقد إدارة للامتياز الممنوح له من مقره الرئيسى ، أو أن يقوم مالك الامتياز بإنشاء مكتب لإدارة الامتياز فى البلد المضيف ، أو يكون المكتب على المستوى الإقليمى كما هو الحال بالنسبة لشركات الفنادق والمطاعم التى تعمل فى الشرق الأوسط وشرق آسيا .

أما بالنسبة لصياغة عقود الامتياز فتختلف من عقد إلى آخر وفقًا لطبيعة موضوع العقد وحجم ونطاق الحقوق التى سوف تمنح للترخيص باستعمالها من قبل الشخص المرخص له. فعقد امتياز بتشغيل فنادق شيراتون مثلاً يختلف عن عقد امتياز لاستخدام العلامة التجارية لمحطة موبيل أويل لبيع مشتقات النفط . وموضوع التعاقد فى هذا النوع من العقود ينصبُّ أساسًا على استخدام العلامة التجارية للممنوح له الحق فى استخدامها ، بصرف النظر عن طول وقصر وثيقة التعاقد التى سوف تحكم علاقة الأطراف فيما بينهم [٢٤] .

وهناك بعض النقاط الأساسية التى يجب أن يشملها عقد الامتياز ، حيث تختلف هذه العقود عن بقية العقود التجارية الأخرى فى شروطها [٢٥] ، أما الشروط العامة التى تكون مشتركة فى صياغتها مع بقية الأنواع من العقود التجارية الأخرى وهو ما سوف نبحثه فى موضوع الصياغة بشكل عام فى الأبواب اللاحقة إن شاء الله ، وذلك كما يلى :

١- تحديد معانى المصطلحات والكلمات المستخدمة فى عقد الامتياز شىء ضرورى نظرا لتفرد هذا النوع من العقود بكلمات محددة المعانى [٢٦] ، وذلك لضبط نطاق النشاط الذى منح الامتياز من أجله ، وتحديد الأساس الذى عليه سوف يدفع المستخدم للعلامة التجارية وفقًا لعقد الامتياز التعويضات المتفق عليها بين الأطراف المتعاقدة. أيضًا يجب تعريف العلامة التجارية محل العقد والتى تم التعاقد على استخدامها ، وتحديد النطاق الجغرافى والإقليمى لعقد الامتياز الذى يسمح للممنوح له الامتياز بالعمل فى حدوده ونطاقه بشكل واضح ومحدد .

٢- تحديد الالتزامات بوضوح تام ، وهذا يعنى أولاً تحديد التزامات المانح للامتياز بحيث تتضمن :

(أ) الالتزام بإعطاء الحق فى استخدام العلامة التجارية المملوكة للممنوح له الامتياز حتى يتمكن من القيام بالعمل الممنوح الامتياز من أجله وأى علامات تجارية أخرى ضرورية لذلك.

(ب) الالتزام بتقديم كافة المعلومات عن طبيعة العمل وطريقة استخدام العلامة التجارية لتمكين الممنوح له الامتياز من تطوير امتياز ناجح فى المنطقة الممنوح له الامتياز فى نطاقها.

(ج) الالتزام بتقديم الدعم التشغيلى لتشغيل الامتياز وزيادة المبيعات والأرباح وتقليل المخاطر .

أما التزامات الممنوح له الامتياز فغالبًا ما تكون أكثر تفصيلاً لحرص مانح الامتياز على التفصيل فيها بقدر المستطاع ليضمن حقه فى حماية الامتياز أو المعلومات المقدمة إلى الممنوح له الامتياز . وهذه الالتزامات عادة ما تركز على ما يجب على الممنوح له الامتياز دفعه لمانح الامتياز وطريقة الدفع ، والمحافظة على الأسلوب والطريقة التى يقدم بها مانح الامتياز إنتاجه ؛ والمحافظة على المعلومات السرية التى يحصل عليها من مانح الامتياز ؛ واتباع الإجراءات والطرق التى يفرضها مانح الامتياز للرفع من قيمة المنتجات أو الخدمات التى يقدمها وفقًا للأسلوب والطريقة التى يفرضها لحماية الامتياز وسمعته .

٣ - تحديد مدة عقد الامتياز ونطاقه الجغرافى ، وهل هو حصرى فى المنطقة التى منح له الامتياز فيها أم أنه غير ذلك . وبهذا يكون مانح الامتياز قد التزم بعدم منح امتياز لشخص آخر فى المنطقة الحصرية لمنافسة الحاصل على الامتياز أولاً. ولكن من الأفضل للحاصل على الامتياز النص على أن مانح الامتياز يجب عليه بموجب العقد أن يمتنع عن تشغيل أو أن يمنح بطريق مباشر أو غير مباشر امتيازًا مماثلاً فى نطاق المنطقة الحصرية .

٤- إذا رغب مانح الامتياز فى استخدام العلامة التجارية لتوزيع بضائع أو القيام بخدمات غير تلك البضائع أو الخدمات التى منح الامتياز بموجبها للطرف الآخر

فى العقد ، فلا بد من النص على ذلك فى العقد حتى يكون الممنوح له الامتياز على علم بذلك منذ البداية .

٥- إذا رغب الحاصل على الامتياز فى تقديم الخدمة أو تشغيل الامتياز فى مكان آخر غير الأماكن المحددة فى عقد الامتياز ولكن فى نطاق المنطقة الحصرية الممنوح الامتياز فى حدودها فلا بد من النص على ذلك فى العقد .

٦- يجب النص على حق الممنوح له الامتياز فى تجديده . كما أنه لا بد من معرفة الأطراف المتعاقدة المسبقة بأن عقد الامتياز لاستخدام نظام أو طريقة معينة قد يتغير عند التجديد عن حاله وقت التعاقد ، بما فى ذلك نسبة الجعالة المنصوص عليها فى العقد ، ونسبة المبلغ الذى يدفعه الممنوح له الامتياز فى مقابل الدعاية والتسويق التى يلتزم مانح الامتياز بالقيام بها ، وذلك نتيجة للتغيرات الاقتصادية وزيادة نسبة التضخم وحجم المنافسة فى طبيعة الامتياز.

٧- غالبا ما تكون الأرض أو العقارات التى يمارس عليها أو فيها الممنوح له الامتياز أعمال الامتياز مستأجرة ، لذلك فلا غرابة أن نجد أن مانح الامتياز منذ البداية يشترط أن يكون مطلعًا على عقد الإيجار للعقار أو الأرض التى سوف يمارس الممنوح له الامتياز عمله فيه قبل توقيع عقد الامتياز ، أو قد يطلب النص على حقه فى الاحتفاظ بالحق فى إدخال ما يراه من شروط فى العقد مثل حقه فى الحلول محل المتعاقد فى الإيجار، فى حالة ما إذا تم إنهاء الامتياز لسبب مشروع وفق ما هو منصوص عليه فى العقد ، وذلك ليقوم بالعمل أو الخدمة عوضًا عن الممنوح له الامتياز. أيضًا يعتبر مقبولاً أن يشترط مانح الامتياز ألا يتم تغيير أى شرط فى عقد الاستئجار دون إطلاعه وعلمه وموافقته على ذلك ، والنص على أن الإخفاق من قبل الممنوح له الامتياز فى الحصول على عقد إيجار معقول يكون سببًا لإلغاء عقد الامتياز .

٨ – من متطلبات عقود الامتياز حاجة المتعاقد الجديد الممنوح له حق الامتياز أو عمالته إلى التدريب على أعمال وطرق الامتياز التى يرغب فى تطبيقها فى أماكن الامتياز . وهذا التدريب يختلف فى مدته وتعقيداته باختلاف طبيعة وتعقيدات الامتياز ذاته . والهدف من التدريب هو جعل الممنوح له الامتياز والعاملين لديه فى طبيعة عمل الامتياز من القدرة والكفاءة بما يساوى كفاءة العاملين لدى مانح

الامتياز . والسبب هو حرص مانح الامتياز على المحافظة على سمعة امتيازه وتطويره . لذلك يعتبر ملائمًا أن يتم النص فى العقد على وجوب حصول العاملين لدى الممنوح له الامتياز على التدريب اللازم والمرضى لمانح الامتياز لمدة معينة يحددها مانح الامتياز فى العقد تحت إشرافه . أيضًا وجوب حصول هؤلاء العاملين على تدريبات دورية للمحافظة على مستواهم أو للاطلاع على ما هو جديد وتم تطويره ، وفى حالة حصول تطور فى العمل لدى مانح الامتياز ، فإنه يستوجب إطلاع الممنوح لهم الامتياز فى أماكن أخرى وتطبيقه فى العمل . كل هذا يعتبر معقولاً أن يتم النص عليه فى العقد ويكون عدم اتباعه سببًا يؤدى إلى حق مانح الامتياز فى إلغاء العقد وإنهاء الامتياز ، إلا أنه يجب النص فى العقد على الطرف الذى سوف يتحمل تكاليف التدريب بحيث يكون ذلك معروفًا مسبقًا للممنوح له الامتياز حال توقيعه على العقد ليقوم بتقويم موقفه من العقد عن علم مسبق .

٩ – من المتعارف عليه فى مثل هذا النوع من العقود أن يضع المانح للامتياز شروطًا يضمن معها استمرار النوعية والجودة لما يقوم به الممنوح له الامتياز بنفس درجة النوعية والجودة للمنتجات والخدمات التى يقدمها مانح الامتياز ، لذلك فإن مانح الامتياز له مصلحة مباشرة فى وضع ضوابط وتنظيم عمل الممنوح له الامتياز وبخاصة فيما يتعلق باستخدام الملصقات الموافق عليها من قبل مانح الامتياز ، والمعدات ، والعلامات الإرشادية ، وغيرها من الضوابط والمتطلبات التى تحافظ على تميز الخدمة أو المنتجات عن غيرها وفقًا لما هو معروف عن الامتياز الأصلى ذاته .

١٠– تعتبر الالتزامات فى عقود الامتياز التزامات مستمرة وذات طبيعة خاصة ، مثل الالتزام بالاستمرار فى المحافظة على صلاحية المعدات التى يستخدمها الممنوح له الامتياز فى تشغيل الامتياز ، فى مظهرها وعملها، بمستوى الصلاحية التى لدى مانح الامتياز الأصلى ، وفى نفس الوقت إذا كانت هذه المعدات قد فُرِضَت من قبل مانح الامتياز على الممنوح له الامتياز بموجب العقد فيجب وضع نص فى العقد يلْزِم مانح الامتياز بالاستمرار فى تقديم الدعم والخدمة اللازمين لذلك من قبله . كما يجب النص على أن يلتزم الممنوح له الامتياز بتشغيل وتوظيف عمال لهم القدرة اللازمة على تشغيل الامتياز ويجب عليه القيام بتدريبهم بما يرضى مانح الامتياز وبنفس المعايير التى يطلبها .

١١- من ضمن التزامات الممنوح له الامتياز ، المحافظة على المواصفات والمعايير وإجراءات التشغيل التى يطلبها المانح للامتياز . أيضا الإلتزام بعدم عرض أو بيع أى خدمة أو منتجات غير مسموح بها من قبل مانح الامتياز ؛ والحصول على كافة التراخيص اللازمة لتشغيل الامتياز؛ وشراء الغطاء التأمينى اللازم كما يطلبه مالك الامتياز وبالمبلغ المحدد لذلك ؛ والمحافظة على المعدات فى حالة تشغيل جيدة ؛ والمحافظة على العلاقات العامة الجيدة مع الجمهور والمستهلكين أو المنتفعين من الخدمة المقدمة ؛ والمحافظة على المستوى المطلوب من نسبة المبيعات ؛ وعمل اللازم للدعاية المحلية للمنتجات أو الخدمة ، والمشاركة فى برامج الدعاية التى يقوم بها المانح للامتياز ؛ واتباع سياسة التسعير التى يتبعها مانح الامتياز فيما يتعلق بتسعير المنتجات أو الخدمة المقدمة ؛ والاحتفاظ بمبلغ معقول لغرض التشغيل ؛ والسماح بالفحص والمراقبة لما يقوم به من خدمة ؛ والعمل على وجود ممول لبعض المنتجات اللازمة للتشغيل والتى يسمح المانح للامتياز بالحصول عليها من السوق المحلية بالمواصفات التى يحددها ، وإشعار الممولين لهذه المنتجات أنه هو المتعاقد الأصلى معهم وليس مانح الامتياز ؛ وأخيراً عدم القيام بأى عمل يؤدى بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الإضرار بمانح الامتياز .

١٢- لا بد أيضاً من تحديد طريقة حساب (الجعالة) أو النسبة الواجب دفعها لمانح الامتياز من قبل الممنوح له الامتياز صراحة فى العقد .

١٣- بما أن مانح الامتياز سوف يحصل على نسبة من الدخل الذى سوف يحصل عليه الممنوح له الامتياز فإنه سوف يؤكد على ضرورة الاحتفاظ بالدفاتر المتعلقة بالمبيعات ودفاتر الحسابات بطريقة سليمة ووفقًا للمعايير المعترف بها. كذلك قد يطلب مانح الامتياز الالتزام بمعايير محاسبية محددة ، وتقديم تقارير دورية عن المبيعات والدخل ، لذا فلا بد من النص على ذلك فى العقد بالتفصيل اللازم المزيل للغموض فى المستقبل . ولضمان التأكد من تمسك الممنوح له الالتزام بهذه الالتزامات فإن مانح الامتياز سوف يحرص على أن ينص فى العقد على حقه فى فحص الدفاتر وإجراء الرقابة المالية اللازمة ، مع وضع الضوابط والوسائل اللازمة لإصلاح الأخطاء التى قد يكتشفها.فى طريقة حساب أو تقدير نسبة الجعالة التى من حقه الحصول عليها.

١٤- لاشك أن المانح للامتياز سوف يكون ملزمًا بموجب العقد ووفقًا لما تقتضيه طبيعة الامتياز بتقديم الكثير من المعلومات التى هى ملك له ، حتى يستطيع الممنوح له الامتياز تقديم الخدمة أو البضائع بمّا يتفق والمواصفات والمعايير التى يحددها والتى يجب أن تحافظ على طابعها ومستواها المميز . لذلك ليس مستغربًا أن يطلب مانح الامتياز ضرورة وضع نص فى العقد يلزم الممنوح له الامتياز بالمحافظة على المعلومات المقدمة له واعتبارها معلومات سرية يلتزم بعدم الكشف عنها . وقد يكون هناك نص أيضًا يعطى الحق لمانح الامتياز فى اعتبار مخالفة هذا الشرط مبررًا لفسخ العقد وطلب التعويض عن الأضرار التى لحقته من جراء ذلك .

١٥- بما أنه يدخل فى عقود الامتياز الحق فى استخدام العلامة أو العلامات التجارية فسوف يتم النص فى العقد على حقوق مالك الامتياز فى العلامة والاسم التجارى الذى سمح عقد الامتياز باستخدامها أو استخدامه . وعادة ما يتم النص على تحديد استعمال العلامة التجارية من قبل الممنوح له الامتياز ، ويطلب مانح الامتياز عادة وجوب التزام الممنوح له الامتياز بتسجيل العلامة والاسم التجارى لدى الجهات المختصة باعتبارها ملكًا لمالك الامتياز وأن له فيها حق الاستعمال فقط مدة سريان العقد.

١٦- لا بد من تحديد الظروف والحالات التى بحدوثها ينتهى العقد ، أو يكون لأحد الأطراف الحق فى إنهائه بإشعار. وهذا يعنى أيضًا أنه لابد من تحديد مدة الإشعار التى بانتهائها يتم إنهاء أو انتهاء العقد بين الأطراف المتعاقدة . أما التزامات الأطراف التى قد تنشأ نتيجة الإنهاء فهى تتضمن توقف الممنوح له حق استعمال العلامة أو الاسم التجارى عن استعمالها أو استعماله ، وإعادة كل المعدات المملوكة لمانح الامتياز بالإضافة إلى إعادة كل الأشياء الأخرى التى سبق أن حصل عليها من مانح الامتياز ، مثل النشرات التوضيحية ، والبضائع التى لم يتم استخدامها بسعر تكلفة إيصالها إلى المخازن ، وحق المانح للامتياز فى الحلول محل الممنوح له الامتياز فى استخدام العقار الذى قام الممنوح له الامتياز باستئجاره للقيام بأعمال الامتياز فيه ، ونقل عقد الإيجار، وملكية المعدات المستخدمة فى تشغيل الامتياز باسمه .

١٧- شرط عدم المنافسة سوف يكون من ضمن الشروط الضرورية التى يحاول مانح الامتياز النص عليها فى العقد بين الأطراف . وهذا الشرط هو ببساطة شرط يتعهد بموجبه الممنوح له الامتياز ، فى حالة إنهاء العقد أو انتهائه ، بعدم القيام بأى عمل أو نشاط منافس وعدم التدخل فى الحصول على العمال الذين يعملون فى المحل والذين يجب أن يتم نقل كفالاتهم لمانح الامتياز بعد الحلول محل المتعاقد الذى تم إنهاء عقده أو انتهائه بسبب من الأسباب التى تم النص عليها فى العقد أو منصوص عليه فى النظام .

١٨- بما أن للاعتبار الشخصى أهمية خاصة فى عقود الامتياز فيجب أن يتم النص صراحة على أن التنازل عن العقد مشروط بموافقة مانح الامتياز .

المبحث الرابع

عقود المشروعات المشتركة

تعتبر المشروعات المشتركة Joint Ventures من أهم أساليب التجارة الدولية فى الوقت الحاضر ، خاصة بالنسبة للدول النامية التى ترغب فى الحصول على المساعدة التقنية من الدول المتقدمة والتى يصعب على الدول النامية تطبيقها دون الحاجة إلى الخبراء والمتخصصين فى التشغيل والإدارة إلى غير ذلك من الأساليب التى تم تطويرها من قبل الشركة الأجنبية التى يكون هناك حاجة للتعاقد معها للحصول على تقنيتها المتقدمة .

وقد ترفض الشركات الأجنبية تقديم الخبرة دون المشاركة المباشرة فى المشروع والحصول على ربح منه ، نظراً لأن المشاريع فى الدول النامية تعتبر وسيلة ومصدر دخل كبير للدول الكبرى المتقدمة التى تبيع التقنية المتطورة ، لأنها وسيلة استثمار مربحة للشركات الأجنبية فى الدول الأخرى . وقد يكون دخول هذه الشركات الأجنبية للعمل فى الدول الأخرى مشروطاً قانونياً بأن يكون عن طريق تكوين شركة مشتركة مع شركاء محليين وطنيين سواء حكوميين أو أطرافاً خاصة .

وتُعَدُّ المشروعات المشتركة وسيلة للقيام بالأعمال التجارية فى الدول المتقدمة . وقد كثر استخدام هذا النوع من الشراكة بين الشركات التجارية والصناعية خاصة فى حالة ارتفاع نسبة التضخم ، حيث نجد أن المشاريع أو الشركات الكبيرة تعمل على تكوين اتحاد شراكة بين شريكين أو أكثر لشراء شركات أخرى وذلك عن طريق تكوين شركة مشتركة مستقلة .

كما أصبح ملاحظًا فى العلاقات الاقتصادية الدولية أن الاستثمار فى أغلب دول العالم لا يكون ممكنًا إلا بواسطة المشاركة مع العناصر الوطنية سواء كانت حكومية أو خاصة . والمشاركة هذه تتم بأخذ شكل معين كشركة ذات مسئولية محدودة ، وهذا قد يؤدى بدوره إلى نشوء مشاكل بين الطرفين نظرًا لعدم وجود قانون محدد لتعريف ماهية المشروع المشترك لمعالجة المشاكل التى قد تنشأ بين الشركاء على النطاق الدولى . لذا فإن من الضرورى الوصول إلى تعريف معين لما يعنيه المشروع المشترك ، وعلى أساس هذا التعريف يمكننا معرفة الأساس والفكرة القانونية خلف وجود هذا النوع من الكيانات القانونية ، ومعرفة المشاكل القانونية التى قد تبرز نتيجة تكوينها ، حيث لا يوجد قانون دولى موحد ينظم هذا النوع من الشركات فى الدول الصناعية أو غيرها من الدول التى تتكون فيها ، مما يعنى ضرورة الرجوع إلى القانون العام فى فروعه المختلفة فى كل حالة على حدة [٢٧] .

وبصرف النظر عن تعريف المشروع المشترك فالصياغة السليمة تعتبر شيئًا ضروريًا للحيلولة دون نشوء مشاكل فى المستقبل ، كما أنها تؤدى إلى تفادى سوء التفسير من قبل الجهة القضائية المختارة لحل أى نزاع قد ينشأ بين الأطراف .

وللبحث فى تعريف المشروع المشترك نجد أن النظام الإنجليزى عرّفه منذ مدة باسم رابطة أو اتحاد مشاركة Consortium أو اتحاد مخاطرة Joint Adventure [٢٨] ، كما عرفها غالبية الكتاب بأنها شركة أو مؤسسة تجارية شكلت بين شخصين أو شركتين أو منظمتين ، يكون واحد منهما على الأقل شريكًا مشغلاً ، تهدف إلى توسيع نشاطها بغرض الحصول على أعمال جديدة مربحة ومستقرة ودائمة . وتكون ملكية الأسهم مشاركة من قبل المشاركين بنسبة توزيع أقل أو أكثر دون أن يكون لأحدهم حق التحكم الكامل [٢٩] . وفى القانون الأمريكى – حيث الكثير من العقبات القانونية – تم

الاعتراف بهذا النوع من المشاركة فى شكل خاص من الاتحاد بين الشركات ، وتم التفريق بين هذا الشكل وشركة التوصية البسيطة وشركة التضامن (٣٠) .

وتهدف المشروعات المشتركة إلى تحقيق أغراض معينة ، كما أن لها مميزاتها التى تتميز بها عن بقية أنواع الشركات المتعارف عليها ، وذلك ما سوف نبحثه فيما يلى :

الفرع الأول - أغراض المشروع المشترك :

تهدف المشروعات المشتركة، على النطاق الدولى، إلى تحقيق عدة أغراض تجارية وتنموية لا يمكن تحقيقها بجهد طرف واحد فقط . فاتحاد الجهود يؤدى إلى تحقيق الغرض المطلوب بأقل التكاليف وبأسرع مدة لازمة لذلك . ومن الأغراض التى تهدف المشروعات المشتركة إلى تحقيقها ما سوف نوجزه فيما يلى :

١- قد يكون الغرض من اتحاد الشراكة بين عدة أطراف هو تنفيذ عقد أو عقود لطرف ثالث ، وهذا هو الأعم الأغلب لقيام المشروعات المشتركة بهدف تحقيق غرض محدد تنتهى الشراكة بتحققه . مثلاً فى عقود التنمية الكبيرة التى تهدف دولة ما إلى تنفيذها ، غالبا ما يكون هناك حاجة إلى توحيد الجهود بين عدة أطراف لتحمل المسئولية مجتمعين بحيث تكون جهود ومسئولية الأطراف مشتركة . ولا شك أن من الأفضل للمقاول الوطنى أن يوحد جهوده مع مقاول أجنبى متخصص ذى سمعة كبيرة وحسنة للتقدم بالعطاء للمشروع . وهذه المشاركة بين الطرفين قد تكون مخصصة لمشروع بعينه فقط يتم تنفيذها بمجرد الحصول على العقد ، ويتم إلحاق اتفاق المشاركة بعقد المشروع والنص على أن يصبح جزءًا لا يتجزأ منه .

٢- قد يكون الغرض من المشاركة بالنسبة لأحد الأطراف هو فتح أسواق جديدة لمنتجاته إذا كان مصنِّعا أو مُنتجًا من دولة أخرى ليس من السهل الدخول إلى أسواقها بطريق التصدير العادى بسبب وجود بعض الأنظمة والقوانين التى تتطلب صناعة جزئيات هذه المنتجات أو كلها فى الدولة التى توجد بها هذه الأسواق ، أو قد تكون المشاركة بهدف تخفيف تكاليف التصنيع أو اختراق الحواجز التى تكون مفروضة على الاستيراد ، أو غيرها من العقبات التى تهدف إلى تشجيع الإنتاج المحلى عن طريق إنشاء شركة مشتركة مع طرف وطنى من الدولة المقصود التوريد لها (٣١) .

٣ – قد يكون الغرض من الشراكة هو اتحاد الجهود بين عدة شركات لتطوير وتصنيع منتجات معينة وتسويقها بالاعتماد على قدرات كل طرف من الأطراف التقنية والمالية والخبرة التسويقية لديه والتى يتم توحيدها لتحقيق الغرض المنشود[٣٢] .

٤ – قد يكون الغرض من الشراكة هو تجميع النشاطات القائمة بأشكال مختلفة فى شكل قانونى موحد أو تغيير الشكل القانونى للعلاقة القائمة بين الأطراف إلى اتحاد مشاركة . فمثلاً ؛ المنتج الأجنبى الذى يرغب فى توزيع منتجاته فى المملكة العربية السعودية ربما ينشد أن ينتج المنتجات التى يقوم بتوزيعها داخل المملكة بدلا من توريدها مصنّعة بالكامل أو تصنيع أجزاء منها واستيراد الباقى من المقر الرئيسى له وتجميعها فى المملكة ، وعلى هذا الأساس يكون من الأفضل الشراكة بين الأطراف فى شكل قانونى معين .

كذلك قد تكون فكرة التصنيع فى البلد المستورد لمنتجات المصنِّع أو المُنتج لا سبيل سواها لدخول منتجاته إلى السوق الوطنية مع الاحتفاظ بحق التحكم فى التقنية المقدمة لمثل هذه الصناعة . وغالبًا ما يكون الهدف من الشراكة مع شركات متقدمة فى التصنيع هو نقل التقنية من خلال التصنيع المحلى للمنتجات المستوردة بالتعاون مع المصنِّع والمخترِع لها، وذلك عن طريق اتحاد المشاركة . أما بالنسبة للشريك الأجنبى فقد يكون المشروع المشترك وسيلته المفضلة أو الوحيدة لدخول السوق الوطنية أو توسيع سوق منتجاته عن طريق تصنيعها محليًا [٣٣] .

الفرع الثانى – تقويم المشروعات المشتركة :

تؤسس المشروعات المشتركة للقيام بأنواع متعددة من الأعمال التجارية الدولية ؛ نظرًا لأن المشروع المشترك ليس محددًا بنوع معين من الشراكة . فقيام اتحاد المشاركة يعتمد على الأهداف التى يرغب الشركاء فى تحقيقها من خلال الاتفاق على تكوين مشروع مشترك بينهم . فقد يتكون المشروع المشترك بين الأطراف للتعاون فى البحوث اللازمة لتطوير صناعة أو منتج معين له علاقة بتجارة أو مجال عمل أحد الأطراف أو جميعهم .

كما قد يتكون من أجل توريد مواد يحتاجها الشركاء جميعًا فى أعمالهم أو إنتاج نوع معين من المنتجات لبيعه فى السوق تحت علامة تجارية معينة ، أو قد يتم الدخول

فى اتحاد مشاركة لتسويق المنتج
ذلك من الأعمال التجارية المختلفة .

وفى الحياة العملية نجد أن قيام المشروعات المشتركة لا يتطلب بالضرورة أن يكون أحد أطرافها عنصراً أجنبياً بل قد يكون بين شركتين وطنيتين سواء لهما نشاط مختلف أو تقومان بنفس النشاط . ولكن على النطاق الدولى يتم اللجوء إلى المشروعات المشتركة بهدف الحصول على نقل التقنية المتقدمة .

وغالباً ما تتكون المشروعات المشتركة بين شركة ذات سمعة عالمية ومتقدمة تقنياً من الدول الصناعية المتقدمة وبين شركة خاصة من الدولة ذاتها ، أو من دولة أخرى متقدمة أو مع مؤسسة حكومية أو عامة من دولة أخرى وبخاصة من الدول الأقل نمواً أو الأقل تقدماً فى صناعة معينة . ونقل التقنية يعتبر من أكبر مميزات المشروعات المشتركة بالنسبة للدول الأقل نمواً أو تقدماً صناعياً فى مجال العمل الذى تمت الشراكة على التعاون فى القيام به . أيضاً من مميزات المشروعات المشتركة محدودية الخسارة بالنسبة لكل طرف من الأطراف بالنسبة التى يشارك بها [٣٤] .

ولكن بجانب هذه المميزات قد يواجه الشريك الأجنبى بعض المشاكل التى قد تعتبر من المساوئ بالنسبة له ومن ثم نُقَوِّمُها من مساوئ المشروعات المشتركة ، ومنها المشاركة فى اتخاذ القرار ، لأن المشروعات المشتركة تعنى اتخاذ القرار المشترك فى إدارة الشركة من قبل شركاء لكل منهم أهدافه التى يرغب فى تحقيقها. لكل هذا نجد أنه من الضرورى التفكير ملياً عند صياغة عقود المشروعات المشتركة وتحديد حقوق والتزامات الأطراف بوضوح تام ، كما يجب تحديد كيفية اتخاذ القرار ومسئولية الإدارة بما يخدم الأهداف التى تم تكوين المشروع المشترك لتحقيقها.

الفرع الثالث : الشكل القانونى للمشروعات المشتركة :

هناك عدة اعتبارات تتحكم فى اختيار الشكل القانونى للمشروع المشترك ، منها النظام القانونى الذى يعتزم الأطراف تكوين المشروع المشترك فى ظله . ففى بعض البلدان ذات النظام الأنجلوسكسونى لا توجد عقبات أو صعوبات تحول دون اختيار الشركة ذات المسئولية المحدودة كشكل قانونى للمشروع المشترك ، كما أن ذلك لا يكلف كثيراً من ناحية الإدارة والضرائب [٣٥] .

أما فى دول أوروبا الآخذة بالقانون المدنى فيوجد بها الكثير من العقبات التى من أهمها وجود أنواع متعددة من الضرائب تفرض على المشروعات المشتركة [٣٦] . أما الشكل القانونى المتعارف عليه فهو إما أن يأخذ المشروع المشترك شكل الشركة ذات المسئولية المحدودة Limited Liability Company ، أو شكل شركة تضامن Partnership ، أو تكون شركة تعاقدية محكومة بالعقد الذى يوقعه الأطراف فيما بينهم ويحدد فيه كل ما يلزم لقيام الشركة بأعمالها حتى انقضائها ، ويسمى هذا الشكل القانونى Contractual Joint Venture وهو ما يعرف بالكونسورتيوم Consortium Agreement [٣٧]. ولكن لا بد من التفريق بين الاتفاق الذى بموجبه اتفق الأطراف على الدخول فى مشروع مشترك وبين الشكل القانونى له .

ولتحقيق غرضنا هنا من دراسة المشروع المشترك باعتباره إحدى وسائل التعاقد لتسهيل مهمة التبادل التجارى الدولى والخبرات التقنية لا بد من اتخاذ العناية والحيطة الكاملة عند صياغة اتفاق الشراكة بين الأطراف ، والذى نرى أنه يجب أن يتضمن النقاط التالية :

١- الاتفاق على تحديد الشكل القانونى الذى يجب أن يأخذه المشروع المشترك ، وذلك لأن اتفاق الشراكة الذى يوقعه الأطراف يتم تطبيقه فى أغلب الدول - وبخاصة أغلب الدول العربية - من خلال إنشاء شركة ، غالبًا ما تكون ذات مسئولية محدودة ، لتنفيذ ما تم الاتفاق عليه وفقًا للقانون المطبق فى الدولة التى سوف يتم إنشاء الشركة فيها .

٢- تحديد المساهمة التى سوف يقدمها كل طرف من الأطراف .

٣- تحديد نسبة الأرباح والخسائر التى تنتج عن عمل الشركة .

٤- تحديد مسئولية الإدارة والهيكل الإدارى للمشروع المشترك ، وذلك لأنه يجب أن يكون تحت سيطرة وإشراف الأطراف المشاركة فيه وليس من قبل طرف واحد فقط [٣٨] ، حتى ولو كان هناك التزام تعاقدى بأن إدارة الشركة تكون معهودة إلى أحد الأطراف حيث يتم توقيع عقد إدارة مستقل معه [٣٩] ، ولا يؤثر فى ذلك نسبة الشراكة لأى طرف من الأطراف حيث تعتبر أمرًا ثانويًا [٤٠] .

٥ - تحديد تاريخ انتهاء الشراكة وكيفية توزيع الممتلكات لها بعد حلها لأنه لا بد أن يكون للشركة التى سيتم تنفيذ اتفاقية المشروع المشترك من خلالها مدة محددة ، وليس من الضرورى أن يكون لاتفاق الشراكة مدة معينة [٤١] .

٦ - تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة الأطراف المتعاقدة والنص على التحكيم لحل النزاع الذى قد يحصل بين الأطراف مستقبلاً .

٧ - إذا كان نصيب الأطراف المشاركة متساوياً بنسبة ٥٠٪ لكل طرف قد ينشأ ما يسمى بالطريق المسدود فى الإدارة Deadlock ، فيما لو لم يتم الاتفاق على السياسة الإدارية للشركة ، لذلك يجب النص على وسيلة لحل مثل هذه المعضلة . وقد أعدت غرفة التجارة الدولية قواعد لحل ذلك تحت عنوان ICC Rules for the Regulation of Contractual Relations (1979)، حيث نصت على ضرورة تعيين طرف ثالث على وجه السرعة لحل المعضلة التى تواجه الأطراف ، وحددت الشروط التى بموجبها يقوم كل طرف بتنفيذ مهمته [٤٢] .

٨ - يجب أن يكون الشكل القانونى الذى يتم اختياره للمشروع المشترك مرناً بقدر الإمكان، وغالباً ما يختار الأطراف شكل الشركة ذات المسئولية المحدودة .

٩- يجب الأخذ بعين الاعتبار بعض القوانين فى الدول المتقدمة صناعياً عند عقد الشراكة ، والتى يكون لأحد الأطراف المتعاقدة أو سوف يكون للمشروع المشترك علاقة به ، لوجود بعض القوانين التى تمنع الاحتكار Anti-trust Laws مثل : كندا ، وأمريكا ، وبريطانيا ، وغيرها من الدول الأوربية .

الهوامش

(١) Lando Ole : The International Encyclopedia of Comparative Law , Vol. III, Private International Law, Part 4, Chapter 9, Contracts, p. 34 .

وفى نفس المعنى د. أحمد عبدالحميد عشوش : قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ١٩٩٠م ، ص ص (٧٧-٨١) .

(٢) د. محسن شفيق : اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع «دراسة فى قانون التجارة الدولية » ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٨م ، ص ص (٢١-٢٦) وانظر أيضًا :

- John Honnold : Uniform Law For International Sales under the 1980 United Nations Convention, p. 9, (Kluwer Law and Taxation Publishers 1982).
- Clive M. Schmitthoff : The Law and Practice of International Trade, p. 200-202, (8 th Edition, Stevens & Sons, London, 1986).

(٣) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٩٣/٣٣) بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٧٨م ، مشار إليه فى د. محسن شفيق ، مرجع سابق ، ص (٢٦) ، حاشية (٤٦) .

(٤) د. محسن شفيق ، مرجع سابق ، ص (٢٧-٢٩) .

(٥) د. محسن شفيق ، مرجع سابق ، أيضا راجع فى نفس المعنى :

-Clive M. Schmitthoff : The Law and Practice of International Trade, op. cit.,

وانظر أيضا : John Honnold, op. cit., ، حيث ناقش المؤلف كل مواد القانون وعلق عليها وفقا لتقديراته ونظرته لواقع العالم المعاصر واحتمال التطبيق والانضمام إليه . وهناك العديد من المقالات العلمية التى صدرت فى العديد من المجلات والدوريات القانونية المتخصصة حول الموضوع وتحدثت بإسهاب عن ذلك ، والتى يصعب ذكرها هنا .

(٦) وهى تعنى فرض رسوم تعادل أو ضريبة مقابلة تفرضها الدولة المستوردة على منتجات من دولة أخرى لرفع سعرها بما يوازى الإعانات التى صرفت للمنتج للبضاعة كإعانات خاصة تشجيعًا لإنتاجها أو تصديرها إلى دولة أخرى ، بقصد حفظ التوازن والتعادل بين سعر التكلفة وسعر البيع فى الخارج . والدول المنتجة قد تهدف من تبنى سياسة الإغراق إلى طرد بقية المنتجين عن السوق ومن ثم زيادة الأسعار فى المستقبل بعد إبعادهم عن السوق وتعويض ما خسرته ، انظر :

- John J. Barcelo III, op. cit., p. 17-19.
- Charles J. Goetz, Lloyd Granet & Warrent F. Schwartz, op. cit., p. 799.

(٧) Michael Rowe: Countertrade, (Euromoney Books, 1989).

- Christopher Brown & Robert Franklin: Countertrade:Paying in Goods and Services, Longman, 1994 .

- C. G. Alexanderides & Barbara L. Bowers : Countertrade: Practices, Strategies and Tactics, John Wiley & Sons, 1987.

- Roger Langrick : Barter Systems : A Business guide for Trade Exchanges, Longmeadow, 1994.

(٨) C. G. Alexanderides & Barbara L. Bowers. op. cit., p. 190-118 .

Christopher Brown & Robert Franklin, op. cit., p. 87-88 ;

- Asaro Jerry: Boing Peace Shield Report Clarified, Vol. 4, Countertrade Outlook, 1986.

(٩) للاطلاع على كثير من التعليقات على بعض الموضوعات التى يمكن أن تتضمنها عقود تسليم المفتاح الدولية راجع :

-Fritet : Price and Terms of Payment in Large International Turnkey Contracts, Vol. 18, International Business Lawyer, P. 362, (Sep. 1990).

(١٠) UNCETRAL : Legal Guide on Drawing up International Contracts for the Construction of Industrial Works, (1988).

(١١) لزيادة الاطلاع على كثير من الأعمال التى يقوم بها المهندس المشرف راجع :

- Hochuli : Role of the Engineers under FIDIC Standard Contracts, Vol. 18, International Business Lawyer, p, 542, (Dec.1991).

(١٢) نظام الوكالات التجارية الصادر بالمرسوم الملكى رقم (١١) فى ١٣٨٢هـ والمعدل بالمرسوم الملكى رقم (٥) وتاريخ ١٣٩٨هـ . والمرسوم الملكى رقم (١٢٤) وتاريخ ١٤٠٠هـ .

(١٣) King: Legal Aspects of Appointment and Termination of Foreign Distriburers and Representatives, Vol. 17, Case Western Journal of International Law, p. 91, (1985).

(١٤) M. Korah : Group Exeptions for Exclusive Distribution and Purchasing in the EEC, Vol. 21, Common Market Law Review, p. 53, (1984).

- M. Jones : Practical Aspects of Commercial Agency and Distribution Agreements in the European Community, Vol. 6, International Lawyer, p. 107, (1972).

(١٥) King, op. cit., p. 19 .

(١٦) Barry Michael Fisher : Product Distribution in Canada, Vol. 20, The International Lawyer, p.46, (1986).

Martin D. Fern: Warı
thew Bender , 1991) .

(١٨) من ذلك ماتنص عليه المادة (٣) من اللائحة التنفيذية لنظام الوكالات التجارية فى المملكة العربية السعودية الصادرة بالقرار الوزارى رقم (١٨٩٧) وتاريخ ١٤٠١/٥/٢٤هـ والتى تنص على ما يلى :

دون أى إخلال بالأنظمة والقرارات الخاصة بتأمين الصيانة وقطع الغيار يلتزم الوكيل والموزع طوال مدة الوكالة ولمدة سنة تالية لتاريخ انتهائها أو لتاريخ تعيين وكيل جديد ، أيهما أسبق ... إلخ .

(١٩) William J. Keating: Franchising Advisor, p. 1. (McGraw-Hill Book Company, 1987).

(٢٠) Ibid, p. 365.

(٢١) A. Kanigsberg : International Franchising, (1991). Also see, William J. Keating, Ibid. p. 3-4 .

(٢٢) Van Empel: Franchisng And Strict Liability In the EEC, Vol 18, International Business Lawyer, (Apr. 1990).

وانظر أيضـا القـرار الوزارى رقم (١٠١٢) وتاريخ ١٤١٢/٩/١٧هـ الخـاص بسـريان نظام الوكالات التجارية على أصحاب عقود الامتياز التجارى والذى نصه ما يلى :

مادة (١) : تسرى أحكام نظام الوكالات التجارية ولائحته التنفيذية على عقود الامتياز التجارى (Franchising) .

مادة (٢) : على أصحاب عقود الامتياز التجارى قيد عقودهم فى سجل الوكالات التجارية خلال ستة أشهر من نشر هذا القرار .

مادة (٣) : يعتمد نموذج العقد المرفق ليسترشد به أصحاب عقود الامتياز التجارى .

مادة (٤٩) : ينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية .

-Symposium: Franchising in Europe, 1987 , Vol. 16 International Business Lawyer, P. 117, (Mar. 1988).

- Goebal : The Uneasy Fate of Franchising Under EEC Antitrust Laws, Vol. 10, European Law Review, P. 87, (1985).

(٢٣) من أمثلة ذلك ما حدث فى ولاية بنغالور الهندية عندما هدد أحد الأحزاب المحلية بمقاطعة منتجات مطاعم كنتاكى فرايد تشكين لأنها تشكل نوعًا من الغزو الثقافى ، وتمت مواجهة ذلك من قبل الدول الغربية الصناعية المنتجة ، بالإضافة إلى بعض المؤسسات الدولية بحملات إعلامية وبضغوط مختلفة ، بحجة أن ذلك يشكل نكوصًا عن سياسة الإصلاح والتحرر الاقتصادى التى تدعو إليها اتفاقات تحرير التجارية الدولية من خلال ما انتهت إليه جولة

أوروجواى الأخيرة التى ولدت عنها منظمة التجارة الدولية . انظر فى هذا الخصوص نشرة ضمان الاستثمارالدورية التى تصدرها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، العدد (٩٢) فى سبتمبر ١٩٩٥م ، السنة الثالثة عشرة .

(٢٤) Arnold Durkee: Trademark and Unfair Competition Considerations in Franchised Business Operations, Vol. 59, Trademark Report, p. 902, (1986).

(٢٥) Martin D. Fern, Warren's Forms of Agreements, Vol. 2, Chapter 11, Matthew Bender, 1991.

(٢٦) William J. Keating, op. cit., p. 86.

(٢٧) انظر على وجه العموم التنظيمات المختلفة فى كثير من الدول فى شرق آسيا :

- Jacqes Buhart, Editot: Joint Ventures In East Asia, Legal Issues, (Graham & Trotman and International Bar Association, 1992).

(٢٨) Jowitt's Dictionary of English Law, Second Edition, p. 1016, (1977).

(٢٩) Young, G.R., & Braford, S. Jr.: Joint Ventures : Planning and acting, p. 11-15, (Financial Executives Research Foundation, New York, 1977).

(٣٠) A. G. Zaphiriou : Methods of cooperation between independent enterprises Vol. 26, American Journal of Comparative Law, p. 245, (1978), Supplement.

وقد تم تعريف الشركة بأنها :

"A Joint Venture is an association of Persons with intent, by way of contract expressed or implied, to engage in and carry out a single business venture for Joint profit for which purpose they combine their efforts, Property, money, skill and knowledge, without creating a partnership or a corporation pursuant to an agreement that there shall be a community of interest among them as to the purpose of the undertaking, and that eavh Joint Venturer shall in the relation of principal, as well as agent, as to each of the other co-venturers, with an equal right of control of the means employed to carry out the common purpose of the Venture." See American Jurisprudence, Vol. 46,second edition (The Lawyer's Cooperative Publishing Co., Rochester N. Y., 1969).

(٣١) Temple J. L.ang : Joint Ventures under the EEC Treaty rules on Competition, (1977) Irish Jurist, p. 23-24.

(٣٢) D. J. Halvaceck , H. B. dovey & J. J. Biondo: Tie Small Business Technology to Marketing Power , Vol. 55, Harvard Business Review, p. 106, (January / February 1977).

(٣٣) Young, G. R. & Braford, S. Jr., op. cit., p. 22 .

(٣٤) - S. Gullander: Joint Venturs and Corporate Strategy , (1976) Columbia Journal of World Business, p. 102 .

(٣٥) Edgar Herzfeld : Joint Ventures, p. 35, (Jordan & Sons Ltd, second edition, 1990) .

(٣٦) Ibid p. 39-40 .

(٣٧) Ibid. p. 35-38 .

(٣٨) Edgar Herzfeld, op. cit., p. 4 .

(٣٩) W. G. Friedmann & G. Kalmanoff : Joint International Business Ventutes, p. 51, (Columbia University Press, 1961) .

(٤٠) راجع فى هذا المعنى Hdgar Herzfeld ، مرجع سابق ص (٥) ؛ إلا ان هناك من يرى أنه لإنشاء شركة مشتركة فاعلة لا بد أن تكون نسبة الشريك بين ٤٠ إلى ٦٠٪ فقط : انظر : G. R. young & Barford, S. Fr., ، مرجع سابق ، ص (١٣) .

(٤١) Edgar Herzfeld, op. cit., p. 4.

(٤٢) ICC Brochure No. 326, (1979) on Adaptation of Contracts.

البـــاب
الثـــانى

المراحل الأولية لتكوين العقد التجارى الدولى

يختلف العقد التجارى الدولى فى مراحل تكوينه عن العقد التجارى الداخلى البسيط الذى ينعقد بمجرد قبول الإيجاب الصادر من الموجب . والسبب فى ذلك هو أن أغلب العقود التجارية الدولية عقود معقدة فنيًا وتقنيًا وتحتاج إلى عملية طويلة من التفاوض حتى الوصول إلى القبول النهائى وتوقيع العقد من قبل أطرافه ، خاصة فى العقود التى تتطلب ترتيبات معينة لتمويل دولى من قبل مؤسسة مالية دولية أو بنك عالمى [١] .

وفى كثير من الأحيان قد يرغب صاحب المشروع من الشركة المتعاقدة على تنفيذ مشروعه فى البدء فى المشروع ، أو قد يرغب البائع تصنيع أو توريد البضاعة قبل إبرام العقد النهائى بصورته النهائية الملزمة والقابلة للتنفيذ بين أطرافه .

كما أن الاتفاق النهائى قد يتأخر لأن الشروط الأساسية للعقد لم يتم الاتفاق عليها وتحتاج إلى تفاوض على تفاصيلها مما يتطلب إصدار بعض الوثائق لإقناع الطرف الآخر للعقد بأن المتعاقد جدى فى تعامله وبهذا يقوم صاحب المشروع أو المشترى بإصدار خطاب يسمى خطاب نية التعاقد Letter of Intent [٢] ، أو غير ذلك من الأسماء التى تطلق على مثل هذا الخطاب أو الأداة والتى تهدف جميعها – مهما تعددت أسماؤها – إلى نفس الغرض وهو إعطاء الثقة فى جدية مصدره .

وخطاب نية التعاقد يهدف إلى وضع إطار مستقبلى للتفاوض على تفاصيل العقد النهائى ، وبذلك يكون هو حجر الأساس للتفاوض حول عقد معين أو يكون الهدف منه توثيق الاتفاقات المبدئية أثناء التفاوض ، مما يحتم علينا أن ندرس فى هذا الباب المفاوضات ودورها فى تحديد شروط العقد ، وخطاب نية التعاقد والالتزامات الناشئة عنه ، وهو ما سوف نستعرضه فى الفصلين التاليين :

الفصل الأول : النظام القانونى لخطاب نية التعاقد .

الفصل الثانى : نظام التفاوض وآثاره .

الهوامش

(١) د. حمزة حداد . مرجع سابق ، ص (٣٦-٣٧) .

(٢) Ralph B. Lake & Ugo Draetta : Letter of Intent and Other Pre-contractual Documents, p.3-4, (Butterworth Legal Publishers, 1989).

- Edgar Herzfeld & Richard Hadley : Contracting and Subcontracting for Overseas Projects. p.2, (Graham & Trotman, 1988).

الفصل الأول
النظام القانونى لخطاب نية التعاقد

مما لا شك فيه أن عالمية الاقتصاد والتجارة الدولية والانفتاح العالمى زاد من دخول أطراف عالمية فى تعاقدات مع بعضهم البعض . كما أن كبر حجم وتعقيدات العمليات التجارية الدولية أدى إلى ازدياد الحاجة إلى استخدام واستعمال الكثير من الوثائق بين التجار المتعاقدين قبل انعقاد العقد . فمثلاً فى العقود الكبيرة ، مثل عقود إنشاء البنية التحتية Infrastructure Contracts ، وعقود بيع وتركيب المصانع Installation Contracts، وعقود الإنشاءات Construction Contracts ، وعقود تسليم المفتاح Turn-Key Contracts، وعقود نقل التقنية Transfere of Technology Contracts ، وعقود المشروعات المشتركة Joint Venture Contracts ، فإن الاتفاق حول العقد النهائى وتفاصيله يتطلب كتابة عقد بمئات أو آلاف الصفحات . وقد يكون التفاوض حول هذه العقود بعد قبول العرض عملية طويلة جداً من المفاوضات للوصول إلى صيغة نهائية ، إما لتعقيداتها الفنية والتقنية ، أو للحاجة إلى دخول طرف ثالث ، كموافقة جهة حكومية أو مؤسسة مالية لتمويل المشروع ، أو متعاقد من الباطن ، أو رغبة صاحب المشروع فى أن يبدأ الطرف المتعاقد معه فى تصنيع ، أو توريد ، أو تصميم بعض المعدات قبل الوصول إلى صيغة نهائية ومحددة لشروط العقد النهائى ، مما يستتبع الكثير من المخاطر مضافاً إليها أن الأطراف قد يكونون نتاج بيئات مختلفة وأنظمة قانونية متعددة مما قد يعنى أن بعض الأطراف لديه فكرة غامضة عن النتائج القانونية لما يقوم به .

كل هذا قد يُوَلِّد لدى بعض الأطراف نوعًا من التخوف من المغامرة والدخول فى تعاقد مع الطرف الآخر، مما يدفع الأطراف إلى الرغبة فى وضع حد لهذا التخوف بإصدار خطاب نية بالتعاقد يهدف لإرضاء الجانبين . كما يرفع من فعاليات المفاوضات بشأن العقد النهائى وتفادى تضييع الوقت والجهود لإلزام من يتفاوضون للسعى بجدية تامة لتحقيق نتيجة معينة من خلال التفاوض لمعرفتهم المسبقة بأن هناك التزامًا بإنهاء الموضوع (١) .

وفى بعض الأحيان قد يطلب بعض المتفاوضين خطابًا لتأكيد نية الجهة المتعاقدة فى إنجاح العملية التعاقدية . مثل هذه الرسالة تستخدم لتأكيد التفكير فى العقد وإجبار المتفاوضين لتقدير وتقويم المسائل التجارية المهمة فى المفاوضات (٢) .

وتجدر الإشارة إلى أنه من الصعوبة وضع تعريف محدد لخطاب النية ؛ لأن لهذه الأداة أشكالاً وأنواعاً متعددة وتغطي مواضيع وحالات مختلفة [٣] ، ولكن يمكن تعريفه بأنه كل " وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائى تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئى لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجارى للدخول فى عقد مستقبلي" [٤] . كما أن تسمية هذه الأداة (خطاب النية) ليست تسمية جامدة لأنها قد تأخذ أسماءً وصوراً متعددة [٥] ، وقد تم قبولها وتكييفها لتشمل الوثائق التالية:

أ- خطاب من قبل طرف أو أطراف العقد جميعًا يعلن الأطراف فيه أن عقدًا معينًا قد خطط له .

ب- عقد مبدئى يتضمن أساسيات محددة.

جـ- مقدمة لاتفاق معين Head of Agreement ، وهى وثيقة مؤقتة مكتوبة تتضمن الأساسيات لاتفاق معين تم عقده بين الأطراف ، ويعكس نية كل منهما ورغبته فى الالتزام بذلك ، ولكن بعد القيام بتوقيع عقد رسمى بينهم يتضمن كافة التفاصيل [٦].

ويمكن أن نستنتج من التعريف السابق ما يلى :

١- أن هناك عقداً سوف يوقع بين الأطراف .

٢- يفهم ضمنًا من مستقبلية ذلك أن خطاب النية مقدمة لعقد وليس هو العقد النهائى .

ولكن ما هو الحال إذا أخفق الأطراف فى الوصول إلى اتفاق وتوقيع عقد نهائى بينهم ، خاصة أن هناك من يرى أن كلمة نية (Intent) تدل على عدم الإلزام [٧] ، مما يستتبع نشوء نزاع على من الذى يتحمل تكاليف ما تم إنجازه من العمل بموجب هذا الخطاب ؟

وهذا يستلزم منا دراسة الآتى :

المبحث الأول : أنواع خطابات النية وصورها .

المبحث الثانى : القوة الملزمة لخطاب النية .

المبحث الثالث : الصياغة النموذجية لخطاب النية .

المبحث الأول

أنواع خطابات النية وصورها

خطاب النية ، كما أشرنا سابقًا ، يستخدم فى كثير من الأحيان إطارًا للمفاوضات المستقبلية وبخاصة فى العقود الكبيرة والمعقدة فنيًا التى يعتبر التخطيط للتفاوض حولها خطوة كبيرة جداً. إضافة إلى ذلك يمكن أن يكون لخطاب النية الأثر الكبير فى وضع حجر الأساس للمفاوضات حول عقد معين وتحديد نطاق الجهد والتعريف بالجوانب المختلفة للعملية التجارية التى يرغب الأطراف الدخول فيها .

ويستخدم خطاب النية غالبًا لتوثيق الاتفاقات المبدئية أو الجزئية أو حتى الجوانب التى لم يتم الاتفاق عليها أثناء المفاوضات ، أو بمعنى آخر يتم استخدام خطاب النية للإفصاح عن النية الحقيقية وجديّتها . وهذه الجدية فى النية قبل التعاقد دائمًا تستخدم كعامل مهم للمساعدة فى تقدم المفاوضات ، حيث إن خطاب النية يستخدم فى العقود الكبيرة لوصف نية الأطراف بالاعتزام فى الدخول فى التعاقد(٨) . فصاحب العطاء الفائز بالعقد مثلاً غالبًا ما يتم إشعاره بنجاح عرضه بواسطة خطاب النية من قبل السلطة المختصة فى عقود الأشغال العامة ودعوته للتفاوض حول العقد .

ونظرًا لاختلاف الظروف التى يستخدم فيها خطاب النية ، والغرض الذى يصدر من أجله أو يهدف إليه مُصْدِره ، ونظرًا لطبيعة العقود والصفقات التجارية التى يستخدم فيها ، هناك مواضيع لا بد من التمعن فيها ودراستها قبل التفكير فى استخدامه ومنها ما يلى :

١- من هو المستفيد من استخدام خطاب النية ؟ وهل استخدامه سيكون له دور إيجابى فى سبيل تسهيل الحصول على العقد ؟.

٢- أى الأطراف سيكون المستفيد من البدء فى العمل بموجب خطاب النية فى حالة ما إذا كان الهدف منه توثيق الاتفاقات المبدئية ؟.

٣- إذا كان الأطراف قريبين من الاتفاق ، فهل من مصلحة الطرف المتلقى لخطاب النية

- كالبائع مثلاً - أن يتنازل عن بعض متطلباته عوضًا عن تأخير التوقيع على العقد ومن ثم تحمل مخاطر نشوء مواضيع أخرى .

٤- إذا كان الأطراف بعيدين عن الوصول إلى اتفاق ، إما بسبب أن بعض المشاكل الرئيسية لم تناقش بعد ، أو لأن هناك مشاكل وخلافات جدية قد نشأت ، فهل من المصلحة أن يتم الشروع فى العمل قبل أن يتم حل هذه المشاكل والخلافات حتى ولو نص خطاب النية على أن المشترى سوف يتحمل مخاطر ذلك .

بالإضافة إلى أن خطاب نية التعاقد يهدف إلى طمأنة الطرف المتلقى له بأن المرسل له جاد فى تعامله وأنه يرغب فى التعاقد على إنجاز المشروع ، ودليله فى ذلك هو إصدار خطاب النية ، فإن خطاب نية التعاقد أحيانًا يستخدم كأداة لوضع الإطار العام الذى يجب على المتفاوضين اتباعه إلى غير ذلك من الأهداف التى تختلف باختلاف موضوع العقد وعلاقات المتعاقدينا .

وعليه فمن خلال ما تقدم نجد أن خطاب النية قد يأخذ صوراً متعددة تختلف باختلاف الهدف الذى يرمى إليه الأطراف من استخدامه فيه ، ومن ثم فإننا سوف نستعرض فيما يلى الأنواع والصور التى يمكن أن يكون عليها خطاب النية .

فهو أحيانًا يأخذ صورة العقد المفتوح عندما يكون التعامل بين الأطراف متكرراً بصورة مستمرة فيضع خطاب النية الشروط العامة التى تطبق فيما بين المتعاقدين على أى تعامل مستقبلى ، ومن ثم فإن أى مفاوضات مستقبلية على صفقة ما سوف تكون حول الشروط التفصيلية والخاصة بكل عقد على حدة [٩] ليس على الشروط العامة . وقد يكون خطاب النية معلقًا على شرط [١٠] يعتبر تحققه ضروريًا لانعقاد العقد ، أو أن يتضمن وضع الإطار العام للتفاوض ، إلى غير ذلك من الصور التى تم تصنيفها من خلال التعامل التجارى ، كما أن الخطاب قد يستخدم كإطار للرجوع إليه عند التحليل القانونى للأثر المترتب عليه . وصور خطاب النية وأنواعه هى كما يلى :

النوع الأول : هو ذلك النوع من خطابات النية الذى يتضمن الدعوة للطرف الآخر لعمل اتفاق يتعلق بالكيفية التى يجب أن تدار بها عملية المفاوضات حول عقد معين [١١] . ومثل هذا النوع غالبًا ما يتضمن اشتراطات محددة تتعلق بمدة التفاوض والدراسات التى يجب أن تتم بواسطة أحد الطرفين أو كليهما ، وطريقة دفع تكاليف هذه الدراسات.

أيضًا قد يتضمن مثل هذا النوع من الخطابات شرطًا للمحافظة على سرية المعلومات التى تحويها هذه الدراسات أو التى يتم الكشف عنها فى مرحلة التفاوض . مثل هذه الشروط يتم النص عليها للمحافظة على حقوق الطرف صاحب الحق فى هذه المعلومات ، ومن ثم حقه فى المطالبة بالتعويض فيما لو أن الطرف الآخر لم يحافظ على التزامه هذا، حيث تعتبر هذه الشروط ملزمة قانونًا، كما أنها تبقى مستقلة عن العقد الرئيسى ، الذى يأمل الأطراف فى التوصل إليه وعقده عقب الانتهاء من التفاوض فى حالة ما إذا تم قطع التفاوض من قبل أحد الطرفين .

النوع الثانى : ويمثل هذا النوع الخطابات التى يقوم فيها أحد الأطراف بدعوة الطرف الآخر للبدء فى التفاوض و المحادثات حول موضوع عقد معين ، ويسمى هذا أحيانا مذكرة تفاهم (Memorandum of Understanding) ويعنى هذا أن الأطراف لم يدخلوا محيط العقد الملزم بعد .

ولكن من ناحية أخرى ، فإن هذا لا يعنى أن هذا النوع لا ينشئ التزامات، فلا شك أنه إذا كان هناك نقاط تم الاتفاق عليها ، فالالتزام يقع على الطرف الآخر بمواصلة التفاوض بحسن نية لإبرام العقد . ومثل هذه الخطابات يتضمن عادة عبارة "إن الأطراف سوف يحاولون أن يقوموا بحسن نية بالتمسك بالجدول الموضوع المتفق عليه للتفاوض". وفى هذه الحالة فإن الالتزام بالتفاوض بحسن نية وبالجدول المتفق عليه يتحول إلى مسئولية للتعاون Obligations de moyens ويدخل ضمن إطار الالتزام ببذل عناية كما هو معروف فى القانون المدنى [١٢] .

- **النوع الثالث** : هو ذلك النوع من خطابات النية الذى يكون المصدر له قد اشترط مبدئيًا أن هذا الخطاب غير ملزم قانونًا لأيهما مقابل الآخر ، على الرغم من تضمنه قائمة بالأشياء المتفق عليها .

وهذا النوع غالبًا ما يتضمن عبارة "Subject to Contract Clauses" ، ومثل هذه العبارة أو النص عادة ما يستخدم فى الدول الآخذة بالقانون العام Common Law ، كالقانون الإنجليزى والقانون الأمريكى . وهى تعنى أن الأطراف سوف يكونون ملزمين فقط بعد توقيع عقد بينهم بطريقة سليمة وصحيحة وفقًا لنصوص العقد . ولها فى

القانون الإنجليزى قوة وأثر كاملان ، لأن خطاب النية مهما كان محدداً لن تكون له قوة قانونية ولن يكون ملزمًا وقابلاً للتنفيذ عندما يتضمن مثل هذه العبارة (١٣) ، بعكس القانون الأمريكى حيث إن مثل هذه العبارة ليست مطلقة ، فإذا استطاع أحد الأطراف أن يثبت ، على الرغم من وجود مثل هذه العبارة ، أن كلا الطرفين وصل إلى اتفاق على الأساسيات فى العقد ، وأن التوقيع على وثيقة مكتوبة ليس سوى عنصر إضافى ، فسوف يعتبر القضاء أن الأطراف قد وصلوا إلى اتفاق ملزم قانونا حتى ولو لم يوقع العقد النهائى (١٤) .

كذلك فى بعض الدول الآخذة بالقانون المدنى ، يعتبر العقد قد تكون حتى ولو لم يتم توقيع الوثيقة النهائية ما دام الأطراف قد اتفقوا على الأساسيات ، إلا فى حالة ما إذا اشترط الأطراف فى خطاب النية أن التوقيع على العقد يعتبر من الأساسيات كما هو الحال فى القانون البلجيكى (١٥) .

ويمكن تفادى أن تكون نية الأطراف فى خطاب النية مفتوحة لمثل هذه التفسيرات بأن يعمد الأطراف مبدئيًا إلى التحلل من أى مسئولية قد تنشأ عن أى تصرف ينتج تطبيقًا لما تضمنه خطاب النية ، وذلك بأن يتم النص على أن الأطراف لا يعتزمون أن يكونوا ملزمين فى مقابل بعضهم البعض بموجب خطاب النية ، وأنهم متفقون على أنه لن تكون هناك أية مسئولية على أى منهم فى حالة ما إذا تم قطع التفاوض فى المراحل المتأخرة (١٦) .

النوع الرابع : فى هذا النوع من الخطابات يتم النص صراحة على أن الاتفاق قد تم التوصل إليه ، ولكن بعض الشكليات المتعلقة بالتنفيذ ما تزال عالقة ويجب الاتفاق عليها . ففى مثل هذه الحالة يمكن أن يكون مقبولاً القول بأن الأطراف قد وصلوا إلى اتفاق ملزم قانونًا ولكن تنفيذ العقد يعتمد على إنجاز بعض الشروط التفصيلية ، مثل أن يتم النص فى خطاب النية على أن الأطراف قد وصلوا إلى اتفاق ولكن تنفيذه يتوقف على مدى قدرة الطرف الآخر فى الحصول على قرض من بنك أو مؤسسة مالية معينة (١٧) .

المبحث الثانى

القوة الملزِمَة لخطاب النية

حيث إن خطاب النية هو وثيقة مسبقة على مرحلة التعاقد فهناك من يرى أنه غير ملزم لمن وقّعه بحجة أن كلمة نية (Intent) تعنى أن الخطاب معلق بنية الطرف المُصْدِر لَهُ (١٨) ، إلا أن ذلك فى نظر الكثيرين يختلف باختلاف النظام القانونى بين الدول (١٩) . ولا تعتبر كل أنواع خطابات النية ملزمة قانونًا ولها قوة تعاقدية ، وإنما لا بد من توافر عناصر معينة فى الخطاب ليكون له قوة تعاقدية ويمكن القول باعتباره ملزمًا قانونًا . فتوافر عناصر معينة قد تقود إلى اعتبار خطاب النية ذا طبيعة وقوة تعاقدية (٢٠) ، وعندئذ يتعين على المحكمة المختصة أن تقرر ما إذا كان مثل هذا الخطاب له قوة عقدية مسبقة أم لا (٢١) . ولكن عندما تجد المحكمة أن خطاب النية لا تتوافر فيه عناصر العقد كاملة ، فإن هذا لا يعنى التسليم بعدم مسئولية الطرف الآخر والتحلل من تصرفاته قبل مرحلة التعاقد ، لأن الأنظمة القانونية تختلف فى ذلك ، فمثلاً فى القانون الإنجليزى إذا لم تجد المحكمة أن خطاب النية يرقى إلى أن يصبح عقدًا كامل العناصر(٢٢) ، فالمحكمة لا تعتبر بمسئولية ما قبل التعاقد ، ومن ثم فإنها لن تفرض مسئولية على مصدر الخطاب حتى ولو كانت هناك إشارة فى وثائق ما قبل التعاقد إلى أن على الأطراف التفاوض بحسن نية (٢٣) . بخلاف القانون الأمريكى الذى يترك ذلك لحرية القاضى ليقرر فيه وفقًا للمبدأ الذى يعرف بـ Promissory Estappel (٢٤) ، أو قاعدة " أنه لا يقبل من أحد قول يتنافى مع سابق سلوكه" (٢٥) ، وهى القاعدة التى تتفق مع قول الشرعيين " من سعى فى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه " (٢٦) ، التى على أساسها قامت مسئولية التفاوض بحسن نية (٢٧) . أما القانون الفرنسى فيفرض ما يعرف بالمسئولية عن الضرر لكل تصرف قبل التعاقد فى حالة عدم تمامه (٢٨) . وفى القانون النمساوى خطاب النية غير ملزم ولكن قد ينشأ عنه مسئولية فى حالة الإخفاق فى الاتفاق على العقد النهائى أو توقيعه (٢٩) . ولكن على الرغم من الاختلاف بين الأنظمة القانونية بالنسبة للقوة الإلزامية لخطاب النية ، والذى قد ينتج عنه إنكار أن

يكون لخطاب النية فيها أى قوة إلزامية ، يجب الاعتراف بأن بعض الالتزامات قد تنشأ بين الأطراف [٣٠] . ومثل هذه الالتزامات لا تعود إلى العقد وإنما تعود إلى مراحل ما قبل التعاقد مثل واجب الالتزام بالقواعد العادلة فى التفاوض ، وذلك كما يلى :

أ- الالتزام بالمساهمة أو المشاركة فى اقتسام كافة التكاليف الناشئة عن مرحلة التفاوض .

ب- الالتزام بالسرية الذى بموجبه يتعين على كل طرف أن لا يفشى سرية المعلومات التى حصل عليها من الطرف الآخر أثناء التفاوض .

جـ- التعويض عن ما تم إنجازه من أعمال وفقًا للتعليمات الصادرة من الطرف الآخر Instruction to Proceed عندما يسمح للطرف الآخر بالبدء فى التنفيذ قبل الانتهاء من صياغة العقد أو توقيعه [٣١] .

د- الفهم الكامل والرضا بأن يكون للطرف الآخر الحرية فى إجراء مفاوضات موازية مع طرف ثالث .

لذا ، ومن خلال ما تقدم ، نجد أن خطاب النية مهما تعددت أنواعه وصوره فهو إما أن يكون له تأثير قانونى كامل ، أو أن يكون له تأثير جزئى فقط "كحالة المسئولية عن الضرر" نتيجة لذلك ، أو قد تنشأ المسئولية التعاقدية نتيجة لتوقيعه ، وذلك يختلف باختلاف الأنظمة القانونية التى سوف تقام فيها الدعوى للاحتجاج بخطاب النية من عدمه . كما أن الصياغة السليمة يكون لها دور كبير فى تحديد مدى قوة خطاب النية الإلزامية من عدمها ، وهو ما سوف نعرض له فى المبحث التالى .

المبحث الثالث

الصياغة النموذجية لخطاب النية

إن الاختلاف فى المواقف بين الأنظمة القانونية تجاه خطاب النية ناتج من الاختلاف فى وجهات النظر حول العلاقة التعاقدية التى يُنْشِئُها . وهذا الاختلاف أدى إلى نشوء وضع قانونى غير محدد لخطاب النية ، لأن التشريعات الداخلية فى غالب الدول التجارية يبدو أنها غير قادرة على مواجهة المشكلة وحسمها . ونظراً لعدم وجود تنظيم يحكم خطاب النية ومدى قابليته للتنفيذ فى أى نظام فى العالم [٣٢] ، فلا بد من بحث الموضوع فى إطار ما هو موجود فى القانون فى الوقت الحاضر والأخذ منه بقدر الإمكان .

ولكن من الناحية العملية وبصرف النظر عن هذا الوضع القانونى غير المحدد ، فإن خطاب النية يعتبر وسيلة نافعة ويمكن أن يلعب دوراً مهماً فى تقدُّم المفاوضات التجارية . وقد بدأ الانتباه يتركَّز عليه من قبل المُفاوضين والمحامين فى الآونة الأخيرة نظراً لكثرة استخدامه ، وكثرة الالتزامات الناشئة عن هذا الاستخدام ، بالإضافة إلى نتائج المحاكمات الصادرة فى أمريكا [٣٣] ، وأوروبا [٣٤] حول ما يتم توقيعه وإعداده من وثائق قبل التعاقد التى تعتبر صورة من صور خطاب النية .

وكثرة الخلافات حول إلزامية خطاب النية ترجع إلى أن خطاب النية فى أغلب الأحيان يتم صياغته وكتابته من قبل رجال الأعمال أنفسهم وليس من قبل محاميهم أو مستشاريهم القانونيين . فخطاب النية بالتعاقد يُعدُّ فى الغالب قبل أو فى أثناء مرحلة التفاوض وقبل أن يقرر المفاوضون أن هناك ضرورة تحتم مشاركة قانونيين معهم ، لأنهم بهذا قد يعتقدون أنهم يعملون على أساس خارج عن إطار القواعد القانونية الملزمة . كما أن هذا قد يستخدم أحياناً وسيلة للحيلولة دون دخول القانونيين عملية التفاوض بحجة الفصل بين القرار التجارى Commercial Decision للمفاوضات ، وبين النواحى القانونية أو ما يفترض أنها من اختصاص القانونيين [٣٥] .

ومثل هذا التحييد للقانونيين يؤدى إلى نشوء نزاعات بين الأطراف المتعاقدة حول مضمون ومعنى ما تم النص عليه فى خطاب النية بسبب الغموض وعدم الوضوح أو الصياغة السيئة لخطاب النية [٣٦] . لأن الصياغة الركيكة قد تؤدى إلى صعوبات جمة فى التطبيق ، بعكس الصياغة السليمة التى تغطى كافة الجوانب لخطاب النية بما فيها العلاقة قبل التعاقد وأثرها على العقد . وبناء عليه فسوف نبين فيما يلى بعض الخطوات الضرورية لرجل الأعمال المفاوض أو مستشاره القانونى التى يجب عليه مراعاتها عند صياغة خطاب النية ، وهى :

أولاً : يجب أن يكون هناك تحديد واضح لما يريد الأطراف تحقيقه من إصدار خطاب النية . كما أن على القانونى الذى يقوم بإعداد صيغة خطاب النية أن يسعى لمعرفة واكتشاف الغرض الذى يُراد تحقيقه من إصدار خطاب نية بالتعاقد ، وذلك لأن الأثر القانونى لخطاب النية قد يكون واحداً من الآتى [٣٧] :

أ- أن يعتبر اتفاقية متكاملة تنفذ كاتفاق نهائى بكل ما يحتويه من التزامات تعاقدية . ومثل هذه النتيجة قد تكون ممثلة فى أكثر خطابات النية بالتعاقد الموقع عليها من قبل الطرفين والتى تؤكد الاتفاقات المبدئية بينهما فيما يتعلق بالموضوع الذى يعتزمون التعاقد على إنجازه .

ب- أن يكون خطاب النية وسيلة لتأكيد الالتزام بمواصلة التفاوض حول موضوع العقد المزمع عقده بحسن نية . مثل هذا قد يكون محتملاً أكثر فى الدول التى تأخذ بالقانون المدنى منها فى الدول الآخذة بالقانون العام .

جـ- خطاب النية الذى يضع إطاراً عاماً يتضمن ضوابط للتفاوض ، وهذا يمكن أن يكون قابلا للتنفيذ جزئيًا .

د- خطاب النية الذى ليست له مبدئيًا أية قوة قانونية إلزامية [٣٨] .

ثانيًا: نجد أن هناك ضرورة حتمية تدعو إلى صياغة وكتابة خطاب النية بلغة سليمة تحول دون خلق غموض محير للمفسر الذى عليه ضرورة تحديد المرحلة التى ألزم أحد الأطراف الآخر فيها . ويعنى هذا أنه يجب تحديد نوع الخطاب أولا ، فإذا

رغب مصدر الخطاب نفى القوة الإلزامية لخطاب النية فيجب ألا تكون اللغة المستخدمة فيه لغة عقدية ، أو توحى بالالتزام ، كما يجب أن يتم الابتعاد عن صياغة الشكليات التى يتم استخدامها دائما فى العقود (٣٩) ، و ذلك وفقًا للضوابط التالية :

١- أن يتم الابتعاد عن صيغة الفعل التى تعنى الإلزام مثل "يتفق أو اتفق" Agree or Agreed ، وعوضًا عن ذلك نرى أن يتم استخدام صيغة الفعل التى لا تعطى انطباعًا بأى التزام قانونى بين الأطراف مثل "يفهم الأطراف" أو «يقدر الأطراف» إلى غير ذلك من صيغ الأفعال غير الملزمة قانونا .

٢- أن توحى صيغة الخطاب بطبيعته وصفته العرضية غير الملزمة قانونًا لمن أصدره .

٤- أن يتم الابتعاد عن الصياغة التى تضفى على خطاب النية الصبغة التعاقدية أو تعطيه صيغة وشكل العقد .

٥- ألا يحتوى صراحة على صيغه تعاقدية مشروطة ، كأن يشار إلى أن الاتفاق النهائى مرهون بتوقيع عقد نهائي Definitive Contract أو يكون معلقًا على موافقة طرف ثالث .

٦- أن يكون خطاب النية فى صيغة رسالة مقتضبة وغير رسمية .

٧- أن يشار بوضوح فى خطاب النية إلى أنه إذا قرر أى من الأطراف بدء التنفيذ فإن الطرف البادئ بالتنفيذ سيكون متحملاً لكافة تكاليف التنفيذ وعلى مسئوليته ، وألا يتحمل الطرف الآخر فى العقد أى تكاليف ناشئة عن ذلك . أيضًا أى أموال تصرف على عملية التفاوض يجب أن يتحمل كل طرف ما صرفه بصورة مستقلة ، وذلك لتفادى الدعاوى التعويضية غير المتوقعه عن عمل تم بدؤه تنفيذًا لخطاب النية . أما إذا رغب مُصْدِر خطاب النية فى أن يكون الخطاب قابلاً للتنفيذ جزئيًا ، كأن يهدف مثلاً من خطابه إلى تسجيل مراحل المفاوضات دون أن يؤدى ذلك إلى إنشاء أية التزامات قانونية ذات صبغة تعاقدية بين المتفاوضين فيما يتعلق بموضوع التفاوض ، وفى نفس الوقت يرغب فى أن يتضمن خطاب النية بعض الشروط الإضافية المساعدة والملزمة حتى ولو لم تكن متعلقة بموضوع التفاوض ، فإنه لا بد من تضمين مثل هذه الشروط فى خطاب النية الذى يهدف لأن يكون إطارًا عامًا للتفاوض ، كتلك التى توجد فى ترتيبات ما قبل العطاء Pre-bid Agreement أو دمج الشركات (٤٠) ، لذلك

يستحسن أن تتم صياغة خطاب النية بالتعاقد وفقًا لضوابط معينة نوجزها فيما يلى :

أ- أن يكون الهدف من الخطاب هو تسجيل مراحل التفاوض دون إنشاء التزامات قانونية ذات صبغة تعاقدية بين المتفاوضين فيما يتعلق بموضوع العقد محل التفاوض .

ب- يستحسن ألا يتضمن خطاب النية شروطًا ذات صفة إلزامية فيما يتعلق بجزء من موضوع العقد .

جـ- أن يشار إلى وجوب المحافظة على سرية المعلومات التى يحصل المتفاوضون عليها من بعضهم أثناء عملية التفاوض فيما يتعلق بموضوع العقد عندما تتطلب المفاوضات الكشف عن بعض الأسرار التجارية أو التقنية للشىء المتعاقد عليه .

د- أن يتم النص فى الخطاب على أنه قابل للتنفيذ جزئيًا فى الأجزاء المرغوب فيها فقط .

هـ- أن يتم تحديد مكان التنفيذ للالتزامات المنصوص عليها فى خطاب النية . وهذا الشرط مقبول ويمكن الأخذ به فى الدول التى تطبق القانون المدنى (٤١) ، أما الدول التى تأخذ بالقانون العام ، فهناك شك فيما إذا كانت المحكمة ستحكم بتنفيذه (٤٢) ولكن يمكن للأطراف فى مثل هذه الحالة الدخول فى اتفاقية مستقلة تتعلق بالمحافظة على سرية المعلومات تسمى اتفاقية السرية Confidentiality Agreement والتى يمكن صياغتها كالتالى :

"جميع المعلومات التى تم الكشف عنها أو تم توفيرها من قبل أحد الأطراف إلى الطرف الآخر سواء كانت شفوية أو مكتوبة فيما يتعلق بالمناقشات المتعلقة بموضوع العقد بين أطراف هذا الاتفاق يجب أن تكون وتعتبر معلومات سرية وحقًا من حقوق الطرف الذى يكشف عنها ، وأن الطرف المتلقى والمستلم لهذه المعلومات يتعهد بألا يكشف عن هذه المعلومات التى تعتبر حقاً لصاحبها الذى كشف عنها ومحمية بحقوق الملكية الفكرية والصناعية ، ولا يستعملها فى أى عمل سوى تحليل وتقييم مصلحته فى العقد المزمع الدخول فيه . كما أن الطرف المتلقى لهذه المعلومات يلتزم بالمحافظة عليها

وحمايتها بنفس المستوى الذى يحافظ به على حقوقه السرية الخاصة " [٤٣] . وهذا النص يعتبر أقل ما يمكن طلبه من المتلقى لهذه المعلومات .

أما فى الحالات التى يرغب أحد الأطراف فيها بأن يقوم الطرف المتعاقد الآخر بإنجاز بعض الأعمال ذات العلاقة بموضوع العقد قبل الدخول فى تنفيذه وقبل التوقيع على العقد النهائى ، فإن خطاب النية بالتعاقد لا يعتبر المكان المناسب للإشارة إلى مثل هذا الطلب ، وذلك بسبب ما قد يحدث من مشاكل عند طلب تطبيق هذا الالتزام فى بعض النظم القانونية ، حيث إن الدخول فى التنفيذ للالتزامات قد يعتبر مؤشراً على أن العقد قد اكتمل ومن ثم يتم الحكم به [٤٤] . ولكن الوسيلة الوحيدة لتحاشى ذلك ، فيما لو أخفق الأطراف فى الوصول إلى اتفاق على العقد وتوقيعه ، هو الدخول فى اتفاق مستقل عن خطاب النية يسمى " اتفاق تصريح بالبدء فى العمل" موضوع العقد ، وفى يتم النص صراحة على أن أى عمل يتم قبل توقيع العقد سوف يتم التعويض عنه بموجب نصوص العقد فيما لو تم التوقيع على العقد أو التعويض عنه فى حالة عدم الوصول إلى اتفاق نهائى . وهذا يعنى أنه لا بد من النص صراحة على الأساس الذى بموجبه سيعوض الطرف البادئ بالعمل عنه فيما لو لم يتم الاتفاق بين الأطراف [٤٥] .

و- لا بد من النص على أن يكون لأى طرف من أطراف العقد الحرية فى البحث أو التفاوض للحصول على عطاء أفضل مع طرف ثالث موازٍ . فالنص على هذه النقطة يعتبر ضرورياً ويجب عدم تجاهله ؛ لأن الأطراف وفقاً للمبادئ العامة فى القانون ملزمون بالتفاوض بحسن نية . ويفضل أن يتم النص على ذلك فى خطاب النية بالتعاقد ؛ لأن قطع التفاوض دون سبب يعتبر من سوء النية الذى يعرض صاحبه للمسئولية القانونية فى كثير من الأنظمة القانونية ، على عكس ما يعتقده بعض المفاوضين من أن خطاب النية ينشئ فقط التزاماً أدبياً ومعنوياً ، وهذا يعنى أن على مصدر الخطاب أو المتفاوضين حول عقد معين أن يحتاطوا للأثر غير المرغوب فيه لمثل هذا الالتزام [٤٦] .

أما فى حالة ما إذا رغب الأطراف أن يكون لكل منهم الحرية فى التصرف كما يشاء أثناء التفاوض أو أن يجرى أحدهم تفاوضاً موازياً ، أو ألا يتحمل أى التزام مثل عدم الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات أو عدم التمسك بالمواعيد أو وقت

التفاوض المحدد مسبقًا ، فمن الأفضل أن يتم النص صراحة على أن لكل طرف الحرية فى ذلك ، وأنه غير ملزم بأى التزام بموجب خطاب النية .

وعندما تكون رغبة الأطراف الحقيقية هى أن يكون خطاب النية ملزمًا قانونًا بينهم فعليهم النص صراحة بأن كافة الشروط التى يتضمنها خطاب النية تعتبر ملزمة بمجرد توقيع الخطاب أو المصادقة عليه حسب الأحوال ، كما يستحسن أن يشار فيه إلى القانون والقضاء المختص فى حالة ما إذا نشأ نزاع حول تفسيره أو تنفيذ محتواه (٤٧) .

إضافة إلى كل ما تقدم فإننا نرى أن خطاب النية يجب أن يتضمن المعلومات التالية :

أ- مدة سريان الخطاب : عادة يتضمن خطاب النية أن مدته تنتهى بتوقيع الأطراف فيه على عقد محدد إلا أن احتمال عدم الاتفاق وارد ، لذا فإننا نرى أن يتم وضع حد لنهاية مدة الخطاب الملزمة .

ب- وصف طبيعة ونطاق العمل المراد التعاقد عليه : فإننا نرى أن تتم الإشارة فى خطاب النية بوضوح نافٍ للجهالة إلى نطاق العقد والموضوع المراد التعاقد على تنفيذه لتفادى احتمال الاختلاف فى وجهات النظر حول التفسيرات المختلفة . وهذه الإشارة ضرورية لمعرفة ما هو المطلوب تقديمه من البائع فى حالة بيع البضائع أو معرفة العمل المطلوب إنجازه من قبل المقاول لمصلحة المتعاقد على الشراء أو صاحب المشروع فى حالة إنهاء العقد بطريقة مبتسرة ، ولتحديد قيمة التعويضات وطبيعة المسئولية التى قد تنشأ بين الأطراف ومنها التعويض وتحديد المسئولية بالنسبة للمشاكل التى قد تنتج عن إنهاء الخطاب ، والمتعلقة بحقوق الملكية وبراءات الاختراع .

جـ- يجب أن يحدد خطاب النية بوضوح ما يجب اتخاذه بالنسبة لما تم إنجازه من العمل المتفق عليه فى حالة إنهاء الخطاب أو انتهاء مدته ، ما عدا فى حالة ما إذا تم النص على أن للمتعاقد أو للمشترى الحق فى الاحتفاظ بالعمل الذى تم إنجازه أو الاحتفاظ بالمبيع فى حالة عقد البيع... إلخ .

د- النص على حق الضمان على العمل الذى تم إنجازه فى حالة ما إذا تم الانتهاء من العمل فى المشروع ، بالإضافة إلى النص على حقوق الملكية وبراءات

الاختراع فى المشروع الذى له صله بها وفقًا للأنظمة الخاصة بحمايتها، وهنا يجب التفريق بين حالتين :

الأولى : حالة ما إذا كان العمل فى المشروع متواصلاً ؛ فإننا نرى أن يشار فى خطاب النية إلى المبلغ الذى يستحقه وشروط الدفع للمنفذ للمشروع ، أو البائع فى حالة عقد البيع ، كما يتعين على صاحب المشروع أو المشترى تحديد ما يجب دفعه فى حالة ما إذا كانت تكلفة المشروع ومدته محددة مسبقًا، أو وفقًا لمعيار معين ، وما هى الوثائق والإثباتات التى يتعين على الأطراف إحضارها .

الثانية : حالة إنهاء خطاب النية من قبل أحد الأطراف وهنا يتعين حماية للطرف الآخر أن تتم الإشارة إلى مبالغ التعويض التى يستحقها الطرف المتضرر .

هـ- إذا كان خطاب النية أساسًا للبدء فى العمل ومشارًا فيه إلى ذلك ويرغب الأطراف فى أن يكون ملزمًا سواء ضمنًا أو صراحة لكلا الطرفين ، فنرى أن يتم التوقيع عليه من قبل ممثلى الطرفين أصحاب الصلاحية القانونية فى التوقيع .

الهوامش

(١) في هذه الحالة يعتبر خطاب النية مؤشراً على استمرار النية فى العملية التفاوضية حول العقد ، أو أن هناك طرفًا ثالثًا ليس طرفًا فى التفاوض يُقْصَد إقناعه بأن الأطراف جادون فى الدخول فى العقد ، وتكون موافقته أساسية لتقدم المفاوضات والحصول على نتيجة ، مثل بنك الإقراض أو أى جهة حكومية معنية ، R.B. Lake & U. Draetta ، مرجع سابق ، ص (١٣) .

(٢) Walfgang Hahnkamper : Boundary between Binding and Non-Binding Nature of Letters of Intent (and Heads of Agreement) in Sale Transactions-Australia, A paper presented at the 24th Biennial Conference of the International Bar Association, CANNES 20-25 September 1992, p.2.

(٣) Mario Riccomagno : Boundary between Binding and Non-Binding Nature of Letters of Intent (and Heads of Agreement) in Sale Transactions, A paper presented at the 24th Biennial Conference of the International Bar Associaation, CANNES 20-25 September 1992, p.2.

(٤) R. Lake & U Draetta, op. cit., p.5.

(٥) Mario Riccomagno, op. cit., p.2.

(٦) Wolfgang Hahnkamper, op. cit., p. 2. And R.B. Lake & U. Draetta, op. cit., p.5.

(٧) Clive M. Schmitthoff : Preliminary Agreement in International Contract Negotiation, Vol. 6, Houston Journal of International Law, p. 53 (1983)

وهناك بعض القوانين ، مثل القانون النمساوى ، الذى يعرّف كلمة (Intent) بأنها دليل على تحييد الأثر الملزم لخطاب النية راجع هذا المعنى :

-Wolfgang Hahnkamper, op. cit., p. 5.

(٨) R. B. Lake & U. Draetta. op. cit., p. 12.

(٩) R. B. Lake & U. Draetta. op. cit., p. 190.

(١٠) خطاب النية المشروط هو المعلق على حدوث شيء معين ، ويكون تحقق ذلك الشرط تحت تحكم طرف من أطراف العقد فمثلاً : أن تكون موافقة مجلس الإدارة على العقد شرطًا ضروريًا لاعتبار الاتفاق ملزمًا . فمثل هذا الشرط قد يؤدى إلى تحلل المفاوض أو المفاوضين من الالتزام اعتماد عليه . وقد يكن ذلك دافعًا للفاوض بغير حسن نية أو بترك الموضرع معلقًا على موافقة جهة أخرى ، بحيث يدخل فى إطار يسمح للمفاوضين بالتحليل من الالتزام بعد التشدد ، ومن ثم الاتهام بأنهم يفاوضون بغير حسن نية ، بل إن مثل هذا الشرط يغطى نية المفاوضين ، ليس لأنهم لا يحملون تفويضًا كاملا بإلزام الشركة ، بل بعدم الالتزام بالدخول فى التزام نهائى ، حتى يفسح المجال للمسؤولين فى الشركة لفحص المفاوضات ونتائجها أولاً . كما نجد أنه فى

الدول التى تأخذ بالقانون المدنى (civil law) لو حصل أن مجلس الإدارة مثلاً لم يعط موافقته على نتائج التفاوض فلا تنشأ مسئولية على من يفاوض ، بل إن مثل هذا الشرط يدرأ نشوء المسئولية ، حيث إن مجلس الإدارة إما أن يوافق على المفاوضات أو يرفضها مجتمعة ، وعليه فإن الاعتماد على موافقة مجلس الإدارة يستخدم كتكتيك بقصد الحصول على تنازل أكثر من الطرف الآخر ، وهذا قد يعتبر مخالفًا لمبدأ حسن النية الذى يجب أن يتحلى به الأطراف ، ومن ثم قد تنشأ المسؤولية نتيجة لذلك .

- R. B. Lake & U. Draetta. Ibid, 189.

(١١) P. Calleans & G. Goeteyn : The Boundary between Binding and Non-Binding Legal Naturre of Letter of Intent (and Head of Agreement) in Sale Transaction, A paper presented at the 244 th Biennial Conference of the International Bar Association, CANNES, 20-25 September, 1992, p.14.

(١٢) R. B. Lake & U. Draetta, op, cit., p. 185.

(١٣) P. Callens & G. Goeteyn, op. cit., p. 15-16.

(١٤) Pennzoil, Inc. V. Texaco, Inc, 729 S. W.2d 768 (Tex. Civ. App. 1987).

- See also, Baron : The Pennzoil-Texaco Dispute : An Independent Analysis, Vol. 38, Baylor Law Review, 253-282, (1986), In which the Memorandum of Agreement was printed; And, R. B. Lake & U. Draetta, op. cit., p. 130-138.

(١٥) P. Callens & G. Goeteyn, op. cit., p. 16.

(١٦) P. Callens & G. Goeteyn, op. cit., p. 15-16.

(١٧) Ibid, p. 17.

(١٨) Clive M. Schmitthoff, op. cit., p. 53.

(١٩) R. B. Lake & U. Draetta, op. cit., p. 199 .

(٢٠) فى كثير من الحالات تتفق الأطراف المتعاقدة على النقاط الرئيسية فى العقد فقد دون التفاصيل ، وذلك رغبة منهم فى ترك هذه المرحلة – مرحلة التفاصيل – فى علاقتهم التعاقدية إلى مستشاريهم ليقوموا بتحديدها وصياغتها ، إلا أنه يجب تحديد ما إذا كانت نية الأطراف قد تلاقت على النقاط الرئيسية فى الاتفاق أوْ لا .

- Mario Riccomagno, op. cit., p. 4 .

(٢١) بعض خطابات النية بسيطة جدًا والبعض الآخر وثائق مطولة ومعقدة قد تتشابه مع العقد ذاته ، حتى إن بعض خطابات النية قد تحتوى على شروط يعتقد الأطراف أنها ملزمة لهم ، مثل الشروط التى تبين طريقة التفاوض ، أو العبارات غير التعاقدية ، أو الوصف التفصيلى للأشياء المتعاقد عليها ، أو الخدمة المراد تقديمها ، أوْ غير ذلك مما قد يعتبره رجال الأعمال شروطًا ملزمة .

- Mario Riccomagno, op. cit., p. 9-10 .

(٢٢) هناك من يحتج بأن مثل هذه الاتفاقات التى تكون ماقبل التعاقد غير محددة ومن الصعب تحديد المسئولية والضرر الناتج عنها ؛ لأن نتائج التفاوض غيرمعروفة مسبقًا ، إلا أن هذه النظرة بدأت تتغير فى كثير من الأحوال ، حتى إن كثيرًا من الأنظمة بدأ ينحو منحى النظام الأمريكى الذى يلزم الأطراف أن يتفاوضوا بنية حسنة .

- R. B. Lake & U. Draetta, op. cit., p. 156 .

(٢٣) خطاب النية يعنى فى حقيقته البحث والتدقيق فى مبدأ حسن النية . ويحتل فى القانون العام مكانًا قريبًا ، إلا أنه لايماثل المبدأ فى القانون المدنى والمعروف بـ"bonas mores" ، الذى يتخلل كل العلاقات القانونية فى عرف القانون المدنى . والاختلاف بين النظامين معترف به ؛ ففى القانون المدنى نجد المفاوضين الذين يستخدمون الخدع القذرة دائمًا خاضعين للمسئولية ، سواء كانت مسئولية عقدية كما هو الحال فى القانون الألمانى ، أو مسئولية عن المضار كما هو الحال فى القانون الفرنسى ، أو بموجب نص فى القانون كما هو الحال فى القانون الإيطالى . أما فى القانون العام ، فإن الأطراف ملزمون بتنفيذ العقد بنية حسنة ، ولكن ليسوا بالضرورة ملزمين بالتطابق أو عليهم التزامات متطابقة للتفاوض بحسن نية .

- Mario Riccomagno , op. cit ., p. 2 .

(٢٤) يختلف مبدأ Promissory Estoppel فى النظام الأمريكى عنه فى النظام البريطانى . ففى النظام الإنجليزي يمكن أن يكون هذا المبدأ فقط للعقد الموجود ، بينما فى النظام الأمريكى نجد أن المحاكم الأمريكية مستعدة لتطبيق مسئولية ما قبل التعاقد بصفة عامة أكثر من المحاكم الإنجليزية . فوجود خطاب النية يكرس المسئولية الموجودة بموجب القانون ، وهذا فى بعض الحالات قد يكون السبب الرئيسى لنشوء المسئولية . لذلك يعرف فى القانون الأمريكى ما يسمى بمبدأ Good Faith Negotiation ، حيث تفرض المسئولية عن أى فعل خلال مرحلة ما قبل التعاقد . وحسن النية هذا يعرف بأنه الأمانة الحقيقية فى الفعل والتعامل ذى العلاقة .

- R. B. Lake & U. Draetta, op. cit., p. 175-158 .

(٢٥) د. حارث سليمان الفاوقى : المعجم القانونى ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٠م ، مكتبة لبنان ، ص (٢٥٧) .

(٢٦) الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء : المدخل الفقهى العام ، الجزء الثانى ، ص ص (١٠-١٥) ، مطبعة طربين - دمشق ، الطبعة العاشرة ، (١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م).

(٢٧) R. B. Lake & U. Draetta, op. cit., p. 153 .

(٢٨) Barry Nicholas : French Law of Contract, P. 63-65, (Butterworth, London, 1982).

(٢٩) فى القانون النمساوى هناك مبدأ Culpa in Contrahendo الذى يقضى بأن أى طرف

من أطراف العقد يكون مسؤولاً فقط عن الضرر وليس عن التنفيذ وذلك فى الحالات التالية :

١- الإخفاق فى كشف بعض الصفات لموضوع المعقد أو الكشف عن العقبات التى أدت إلى توقيع العقد ، وهو إخفاق محدد للتحذير والعواقب .

٢ - الإحجام بدون سبب عن توقيع العقد بعد أن قاد الطرف الآخر إلى الاعتقاد الحقيقى بأن العقد سوف يتم .

- Wolfgang Hahnkamper, op. cit., p. 3.

(٣٠) Mario Riccomagno, op. cit., p. 5 .

(٣١) Ibid, p. 6.

(٣٢) فى بعض الحالات قد يكون الغموض وعدم الوضوح فى صياغة الخطاب متعمداً ، لأن كل طرف يحاول فى خطاب النية ألا يعيد الطرف الآخر مناقشة نقاط الاتفاق الموضحة فيه إلا أنه فى الوقت نفسه يرغب فى الاحتفاظ لنفسه بالحق فى ذلك .

- R. B. Lake & U. Draetta, op. cit., p. 10 .

(٣٣) Ibid . p. 89-102; and 130-138 .

(٣٤) Buitoni S.p.A. V. Istituto Per la Ricostruzione Industriale, Trib. Rome, Foro Italiano I (Foro It. I) 2284, (1986); the decision of the Court of Appeals is Judgment of March 9, 1987, Foro It. I, 1260, (1987); the Judgment of the Corte di Cassazione is Judgment of July 11, 1988, Foro It. I, 2584, (1988).

(٣٥) R . B. Lake & U. Draetta, op. cit., P. 223.

(٣٦) انظر قضية بنز أويل والمشار إليها فى

-R. B. Lake & U. Draetta, Ibid, p. 130-134 .

(٣٧) Ibid, P. 218-220.

(٣٨) R. B. Lake & U. Draetta, op. cit., p. 221-222 .

(٣٩) Ibid, P. 129 .

(٤٠) R. B. Lake & U. Draetta, op. cit., p. 224-225 .

(٤١) Gallic. Delàume : Transnational Contracts # 8.08, p. 2, (1988).

- G. Delaume : What is an International Contract ? An American and Gallic Dilemma, Vlo.28, International & Comparative Law Quartarly, p. 258, (1979) .

- Esser : Commercial Letters of Confirmation in International Trade: Austrian, French, German and Swiss and Uniform Law under the 1980 Sales Convention,

Vol. 18, Geurgia Journal of International & Comparative Law, p. 427-433, (1989) .

- R. B. Lake & U. Draetta, op. cit., p. 199-202 .

(٤٢) Farnsworth, "Pre-çontractual Liability and Preliminnry Agreements : Fair Dealing and Failed Negotiaions" , Vol. 87, Columbia Law Review, p. 217-294, (1987) .

وانظر أيضا لنفس المؤلف :

"The Conventioan on the International Sale of Goods from the Perspective of Common Law Countries", La Vendita Internazionale (Congress at S. Margherita Ligure, September 1980 Giuffre (1981) , P. 18 .

(٤٣) R. B. Lake & U. Draetta, op. cit., p. 226-227 .

(٤٤) Pennzoil, Inc. V. Texaco, Inc, 729 S. W. 2d 768 (Tex. Civ. App. 1987) .

(٤٥) R. B. Lake & U. Draetta, op. cit., p. 230-231 .

(٤٦) Ibid. p. 234-236.

(٤٧) Ibid. p. 235,.

الفصل الثانى

نظام التفاوض وآثاره

يعتبر التفاوض وسيلة التفاهم وتحقيق التوافق بين المجتمعات متعددة الثقافات فى كافة أنحاء المعمورة ، ومن ثم فإنه يلعب دوراً مهماً فى تقريب وجهات النظر بين كافة أفراد الجماعات المختلفة الثقافات أو حتى داخل المجتمع الواحد ، للحصول على اتفاق حول أى اختلاف فيها .

ومع التطور الحضارى وظهور المجتمعات التجارية وزيادة التبادل التجارى ازدادت أهمية التفاوض وفاعليته . وبعد انتصار الحلفاء فى الحرب العالمية الثانية وظهور الحاجة إلى الإعمار ازدادت المشاريع التجارية وانتعش الاقتصاد وزادت الفرص الاستثمارية سواء بين دول أوروبا أو بينها وبين الدول الأخرى من دول العالم النامى ، الذى بدوره يعتبر المصدر الرئيسى للمواد الخام التى تحتاج إليها الدول الصناعية فى عملية التصنيع .

كما أن استحواذ الدول الغربية على التقنية والتقدم العلمى ، جعل الدول النامية فى حاجة ماسّة إلى التفاوض للحصول على هذه التقنية لاستخراج ثرواتها الطبيعية والمساعدة فى المشاريع الإنمائية المختلفة ، مثل استخراج البترول والمعادن إلى غير ذلك من الثروات الطبيعية الأخرى ، أو الشركات الخدمية أو الإنشائية لبناء البنية التحتية التى تُعَدُّ أساسية لأى تنمية فى أى دولة من دول العالم .

كل ذلك زاد من أهمية التفاوض فى سبيل الوصول إلى اتفاق بين الأطراف وتقريب وجهات النظر بينهم ، وإن كان ذلك محكوماً بالقوة التى يتمتع بها طرف على آخر من الناحية الاقتصادية ، وقدرته التفاوضية التى يدعمها نفوذه السياسى أو العسكرى . إلا أن الحاجة فى كثير من الأحيان تدفع إلى الموافقة للحصول على ما هو ممكن فى وقته ، مع الأمل فى إعادة التفاوض على تحسين الشروط الحالية مستقبلاً فيما لم يتم الاتفاق عليه ، مثل ذلك ما تم فى بعض الدول التى رغبت فى امتلاك كامل ثرواتها الطبيعية عن طريق التفاوض وليس عن طريق التأميم [١] .

المبحث الأول
ماهية التفاوض

بالرجوع إلى المعاجم اللغوية فى اللغتين العربية والإنجليزية نجد أن للتفاوض تعريفات متعددة تتنوع بتنوع موضوع التفاوض فى مختلف حقول المعرفة والميادين التى يمكن أن يكون للتفاوض دور فيها.

ولكن التفاوض على اختلاف وكثرة ما وضع له من تعريفات تتدرج وتتطور باختلاف الموضوع والزمان ، هو" التحاور والمناقشة للوصول إلى اتفاق مشترك بين طرفين للحصول على حل متفق عليه للحفاظ على مصالح الأطراف المتفاوضة وحل ما بينها من مشاكل أو تقريب وجهات نظرها بأسلوب حضارى" (٢) . فالتفاوض بصفة عامة هو التحادث والحوار بين طرفين أو أكثر بهدف الوصول إلى اتفاق حول نقطة معينة ليست محل اتفاق بين الأطراف ، وفى مجال التجارة الدولية هو الحوار من أجل الوصول إلى اتفاق على تعاقد معين أو من أجل تحديد نوع المبيع أو الربح الناتج عن أى معاملة تجارية (٣) . ونستنتج من ذلك أن التفاوض تبادل للأفكار حول موضوع معين ، وهذا يعنى الاتصال بين الأطراف ، سواء كانوا يعملون لأنفسهم أو ممثلين لآخرين ، مما يجعل التفاوض عنصراً من عناصر التصرفات الإنسانية .

أما عن خصائص التفاوض فأغلب معرفتنا - للأسف الشديد - تنبع من الخبرات الشخصية المحدودة التى يواجهها أحدنا يوميًا فى حياته العملية ، حتى إن هناك من رجال الأعمال وبعض المحامين من يعتقد أن المفاوضات لا يمكن أن تُدَرَّس أو يكتب عنها وإنما هى عملية نفسية وسيكولوجية يتم اكتسابها بالمراس والخبرة (٤) . إلا أن الحقيقة التى لا يمكن إنكارها أن التفاوض يُعَدُّ علمًا قائمًا بذاته وفنًا من الفنون يتدرب عليه العديد من أصحاب المهن ، وقد كتب عنه العديد من الكتاب بصفة عامة ، حيث قاموا بتحليل العملية التفاوضية بطريقة مفيدة جداً لمن ليست لهم الخبرة العملية فى عملية التفاوض (٥) .

أما أسلوب التفاوض فهو بلا شك فن ومهارة يتم اكتسابها بالممارسة والتجربة . وتخضع وتتأثر - إلى حد كبير - بالعوامل : الاجتماعية ، والثقافية ، والعادات ،

والتقاليد السائدة فى مجتمع المفاوض [٦] ، لذلك نجد أن العديد من أصحاب الأعمال والشركات العالمية الكبرى يعملون جاهدين على تدريب كفاءات معينة للبروز فى هذا الفن الذى يعتبر ذا أثر مباشر فى عقد أى اتفاق تجارى أو فى العقود التجارية الدولية أو المشاريع الكبرى بمختلف أنواعها.

من ذلك يمكن القول بأن التفاوض أسلوب تعامل مقرون بالقدرة والكفاءة العملية التى تعطى الشخص المفاوض حرية البحث عن الحلول واتخاذ القرار[٧] ، وهدفه النهائى الوصول إلى اتفاق بين المتفاوضين على موضوع معين . وهذا يعنى أن التفاوض ليس هو النصر الكامل لطرف على آخر ، وإنما التعاون والتوافق بما يخدم مصالح وأغراض الأطراف المشتركة حتى يمكن أن يشعر كل الأطراف بأن كلاً منهم حصل على شىء ما، حتى ولو اضطر أحد الأطراف إلى إعطاء أكثر مما قدم الطرف الآخر ، لأن المصالح المشتركة والهدف المشترك بين الأطراف المتفاوضة هو الباعث الحقيقى فى الوصول إلى اتفاق حول الموضوع محل التفاوض [٨] .

ولكن هذا لا ينفى أن عملية التفاوض تتم بعدة أساليب وطرق متعددة تتوافق مع طبيعة الموضوع محل التفاوض . فالأسلوب الممكن فى موضوع معين قد لا يكون مفيداً فى موضوع آخر . كذلك عامل القوة ليس بالضرورة عاملاً لنجاح المفاوضات ، واستخدام أسلوب التفاوض لفرض الحلول من وجهة نظر القوة أو من يملكها قد لا تدوم طويلاً حتى الوصول إلى الهدف المشترك الذى هو فوز كل طرف وحصوله على شىء يتناسب مع قدراته .

وفى التجارة الدولية نجد أن وسيلة أو مهارة التفاوض من ناحية القوة أقل فاعلية ، بل قد تكون أكثر ضرراً على الاقتصاد ، لذلك يستحسن أن ينظر رجال الأعمال إلى التفاوض المشترك الهدف كإستراتيجية يعتمد عليها، لأن الهدف المشترك يدوم أطول ومن ثم يعود على التجارة بالثبات والربحية ، بعكس الطموح إلى تحقيق الهدف القصير المدى الذى قد ينتهى بنهاية مدته . والتفاوض للحصول على الربح على المدى الطويل أفضل من الحصول على الربح الوقتى ، سواء كان ذلك التفاوض بهدف الحصول على عقد قرض من بنك أو وكالة تجارية ، أو عقد بناء لمشروع كبير... إلخ .

كما أن وضع إستراتيجية للتفاوض شيء ضروري جداً فعلى سبيل المثال عند التفاوض للحصول على قرض من أحد البنوك ، وبعد الاستعداد وجمع المعلومات الكافية ووضع الاقتراح القابل للنجاح ، تبدأ عملية التفاوض على الشروط الخاصة بالقرض ، مما يتطلب وضع إستراتيجية معينة لعملية التفاوض حول هذه الشروط سواء ما يتعلق منها بقيمة القرض أو ما يمكن دفعه من فوائد عليه أو مدته أو نوعه أو الضمانات التي يمكن تقديمها في مقابل الحصول عليه [٩] . وهذه الإستراتيجية في عملية التفاوض تختلف من موضوع لآخر . فمثلاً إستراتيجية التفاوض لحل نزاع سياسي أو حدودي تختلف تماماً عن إستراتيجية التفاوض حول عقد صفقة تجارية .

وعلى الرغم من أن هناك عوامل مشتركة في عملية التفاوض مهما اختلف موضوعها ، فإننا نبحث هنا موضوع التفاوض حول العقود التجارية والاتفاقات التجارية مما يهيئ أساساً قوياً لتحليل بعض الموضوعات والنقاط المعقدة في عملية التفاوض . فنحن هنا نفترض أن عملية التفاوض سوف تتم بين طرفين لعقد اتفاق تجاري ، وسوف يستخدمون التفاوض كوسيلة لتحديد علاقاتهم التجارية . ولا يعني هذا أن كل مفاوضات من هذا النوع سوف تنتهي بالاتفاق الناجح ، لأن المناخ والظروف المحيطة بالعملية التفاوضية أيضاً لها تأثير كبير على النتيجة النهائية لعملية التفاوض . فالمفاوضات عند بدايتها لا يمكن تخمين ما ينتج عنها ، فالأطراف غير ملتزمين بالتعاقد مع بعضهم ، وكل طرف يمكن أن يجد من يتعامل معه بالبيع والشراء في مكان آخر إذا لم يتم التوصل بين الأطراف إلى اتفاق . لذلك فلا بد للأطراف أن يضعوا في أذهانهم بعض الاعتبارات ، واستخدام إستراتيجية معينة للوصول إلى الهدف المنشود . كل ذلك يتطلب الاستعداد والبحث لمجابهة أية مشكلة أثناء عملية التفاوض . وهذه هي مهمة المفاوض الناجح الذي يجب أن يتمتع بمهارات محددة ومعرفة تامة بما يتفاوض حوله أيا كان نوع ومحل التفاوض .

وهناك من يجعل من التفاوض أنواعاً متعددة تختلف باختلاف الموضوع والحقل الذي يفهم فيه الشخص المفاوض . وهذه الأنواع منها ما هو سياسي ودبلوماسي وتجاري . والمفاوضات التجارية أيضاً أنواع متعددة ، فمنها ما يحتاج إلى متطلبات تختلف عن تلك التي يمكن تطبيقها في التفاوض على أي تعامل تجاري آخر [١٠] وهذه المتطلبات تختلف من الشكلية التي يفترض أن تكون المفاوضات عليها إلى الهدف الذي يرمي إليه الأطراف ، وذلك ما سوف نبحثه في أساليب التفاوض .

المبحث الثاني

الاستعداد ووضع الأولويات فى المفاوضات التجارية

العمل التجارى على المستوى الدولى ليس من السهولة بمكان نظرًا لارتباطه بمناخ العمل السياسى المتغير دائمًا ، لذلك من الأفضل الاستعداد مسبقًا لضمان النجاح فى المفاوضات التجارية . والنجاح فى المفاوضات التجارية الدولية يتطلب المرور بمراحل متعددة ، مما يعنى أنه يجب فهم العملية التفاوضية ككل والاستعداد لكل مرحلة من مراحلها والتفكير فيها (١١) .

والاستعداد للتفاوض يُعَدُّ من المراحل والخطوات الأولى والمهمة لنجاح المفاوضات . فهى الخطوة الأولى التى يجب على المفاوض اتخاذها عند التفاوض على عقد صفقة معينة أو التفاوض لحل معضلة معينة أيًا كانت طبيعتها. وعمق هذا الاستعداد يختلف باختلاف أهمية الموضوع المتفاوض عليه ، والصعوبات المتوقعة والوقت الضرورى لإنهاء ذلك (١٢) . وتعتبر الإستراتيجية إحدى خطوات الاستعداد الأولى فى التفاوض حتى إن بعض الكتاب يرى أن (٨٠٪) من نجاح أى عملية تفاوضية يعتمد فى الخطوة الأولى على الاستعداد الجيد لمن يقوم بالتفاوض (١٣) .

فالبحث والتقصى حول الموضوع من الأشياء المهمة ، سواء كان البحث حول الأشخاص المراد التفاوض معهم أو حول موضوع التفاوض ؛ لأن المعلومات والمعرفة التى يكتسبها المفاوض من البحث والتقصى سوف تساعده بجانب الخبرة التى لديه على تجاوز كثير من الصعوبات التى قد تواجهه أثناء عملية التفاوض .

والعملية التفاوضية تبدأ قبل البدء فى التشاور . فالاستعداد لعملية التفاوض مهم جداً، وهذا الاستعداد عملية غير ظاهرة للعيان للملاحظ الخارجي، لأن المفاوض لا يعلم هل المفاوض الآخر المقابل فى العملية التفاوضية آتٍ وهو مستعد أم لا ؟

وأول عمل يمكن القيام به عند تقرير التفاوض هو سعى الشخص المفاوض للحصول على المعرفة الكاملة حول موضوع التفاوض ودراسته وتكوين فكرة كاملة عنه ، وذلك يتطلب الإجابة عن الأسئلة التالية :

١- حول أى شىء يدور موضوع التفاوض ؟

٢- من هم المشاركون فيه ؟

٣- ما هى الصيغ المختلفة للحقائق ؟

٤- ما هى المعلومات التى يعرفها المفاوض حول الموضوع ؟

٥- ما هى المشاكل والعوائق التى يتوقعها أو سوف يقابلها أثناء عملية التفاوض ؟

فمثلاً إذا كان الموضوع يتعلق بشراء مشروع تجارى أو شركة تجارية معينة فلا بد من معرفة المعلومات اللازمة حول الربحية الحالية للمشروع ونسبة نمو دخله السنوى ، مثل سعر أسهم المشروع فى السوق المالية ، وطول مدة العقد ، والتأمين ، وتكلفة الضرائب ، إلى غير ذلك (١٤) .

وفترة الاستعداد للمفاوضات تعطى المفاوض الوقت الكافى ، ليس فقط لجمع المعلومات عن موضوع التفاوض ، بل وللتفكير فى كل ما يمكن أن ينتج عن العملية التفاوضية . ويمكن للمفاوض فى موضوع معين على ضوء ما لديه من معلومات أن يتوقع ردود فعل الطرف الآخر ، وأن يتصور أيضًا سيناريوهات مختلفة ، وأن يفكر فى الأساليب الممكنة والطرق التى يمكن للمفاوضات أن تسلكها ، خاصة عندما يتم التعرف على شخصية المفاوض المقابل وأسلوبه التفاوضى (١٥) .

وعلى المفاوض أن يضع فى اعتباره كل التصورات الممكنة والافتراضات والحلول لمواجهة أى مفاجأة ، مما يجعل المفاوض المستعد أمام عجلة القيادة يتحكم فى سير المفاوضات . وهذا يعنى أن الاستعداد يتطلب أن يكون لدى المفاوض معلومات كاملة ومعرفة تامة بمن هو المفاوض المقابل له ، وحاجاته التى يرمى إلى تحقيقها من خلال العملية التفاوضية . ويمكن الحصول على هذه المعرفة من خلال التعاملات التجارية السابقة مثل العقود التى تم توقيعها بواسطة المفاوض عن الشركة أو أى عملية تجارية تمت من خلاله أو معه .

أيضًا يحتاج الوضع إلى التعرف على أى حالة تفاوض سابقة حول مشروع تجارى أو أى موضوع آخر لم يتم بنجاح مع المفاوض ، المقابل وسبب إخفاقه فى إتمامه . كل هذا يعطى المعرفة الممكنة التى يحتاجها المفاوض عن أعمال الآخرين

وتصرفاتهم من خلال إخفاقاتهم السابقة كما هو الحال من نجاحاتهم ، فيكون ذلك مؤشراً عن مواقف المفاوض المقابل أو شركته من خلال دراسة بعض تعاملاتهم التجارية السابقة . ويمكن الحصول على كافة المعلومات من خلال الاطلاع على الميزانية أو الخطة المالية للشركة التى يتبعها المفاوض المقابل ، أو النشرات والتقارير الصادرة عن مؤسسته ، أو النشرات الإعلامية أو الدعائية ، أو تقارير المؤسسات الحكومية والرسمية عن الشركة ، أو محاضرات المسئولين فى الشركة التى يعمل فيها المفاوض المقابل (١٦) .

والحصول على هذه المعلومات يكون وسيلة المفاوض لإدارة عملية التفاوض بنجاح ؛ لأن جمع المعلومات وتحليل التقارير يتيح للمفاوض أن يتوقع ما سوف يحدث فى المفاوضات ، ومن ثم يؤسس عليها إستراتيجيته فى قيادة عملية التفاوض (١٧) .

والاستعداد عن طريق جمع المعلومات يجب أن يكون استعداداً كاملاً وشاملاً لكل ما يدور عن الموضوع المراد التفاوض حوله ، لأن المفاوضات والنجاح فيها يعتمد على قدرة المفاوض على الرد على ما يطلبه المفاوض المقابل ، والمعرفة التامة بما يقوله أو توقع ما سوف يرد به المفاوض المقابل . ولأن المعرفة بموضوع التفاوض تعتبر من عوامل النجاح التام ، فإن ذلك يتطلب كل استعداد وتدريب مفيد لعملية التفاوض .

وفى العقود التجارية بالذات ، يعتبر التخطيط والاستعداد من الأشياء الضرورية ، لأن عدم التخطيط قد يؤدى إلى عدم الوصول إلى اتفاق مقبول ، فمثلاً عند التفاوض على البيع أو الشراء ، نجد أن كلاً من البائع أو المشترى يضع حداً أدنى لما يجب أن يدفعه أو يشترى به قبل البدء فى التفاوض ، أو محاولة الوصول إلى الحد المعقول والمقبول من قبل الطرف الآخر (١٨) . وعليه فلا بد أن يكون لدى كل طرف القناعة التامة والمعرفة بما يمكن أن يكون عليه السعر الملائم وأرباحه عن البيع . بمعنى آخر أن يكون قد عرف تماماً الحد الأدنى الذى لا يمكن أن يتجاوزه أو أن ينزل عنه إن كان بائعاً، أو الحد الأعلى الذى لا يمكن له أن يتجاوزه إن كان مشترياً . وهذا يعتمد بالنسبة للبائع على العديد من العوامل التى تتعلق بالتسعيرة التى يضعها لمنتجاته والتى تستند إلى قواعد محددة تأخذ بعين الاعتبار تكاليف المواد الخام واليد العاملة والمخاطر والأرباح المتوقعة (١٩) . أما بالنسبة للمشترى فلا بد له أن يأخذ بعين الاعتبار القدرة على التسويق بسعر معين ، والحاجة فى السوق للسلعة المشتراة ، ومقدار وقوة المنافسة .

كل هذا الاستعداد سوف ينتج عنه ما يسمى بالحد الأدنى . فمثلاً ، عندما يتجه رجل الأعمال إلى شراء شيء معين عليه أن يحدد ماذا سوف يدفع لكل جزء من هذه الأشياء ، كما أنه عند مناقشة السعر والتفاوض عليه يجب أن يفكر مليًا فى السعر المعقول الذى يمكن له أن يدفعه ، ومجال الربح الذى يطمح فى الحصول عليه [٢٠] ، لأنه كلما كان مجال الوصول للحد الأدنى كبيرًا فإن إمكانية عقد اتفاقية تجارية يكون ممكنًا [٢١] .

ومن وسائل النجاح تحديد الحد الأدنى الذى يطلب المفاوض تحقيقه من عملية التفاوض ، مع تحليل الفوائد والمميزات ، لأنه ليس كل أمنية يمكن تحقيقها [٢٢] . ويعتبر تحديد الهدف والحد الأدنى الذى يقبل به الطرف الآخر من وسائل نجاح عملية التفاوض ؛ لأنه يعطى المفاوض مميزات أفضل فى الضغط والحصول على اتفاق بما يحقق هدف الطرف الآخر وحصوله على حده الأدنى ، وفى نفس الوقت حصول المفاوض على ما يريد تحقيقه . وهذا لا يكون إلا بمعرفة كثير من الأشياء التى تتعلق بطريقة التفاوض وطريقة المفاوض الآخر وطبيعة العمل ونقاط الضعف والقوة فى المفاوض المقابل [٢٣] .

هذا وحتى الآن لا يوجد فى الكتابات حول موضوع التفاوض ما يؤدى إلى تكوين نظرية عن التفاوض التجارى الدولى [٢٤] ، إلا أن التطبيقات قد تكون متشابهة إلى حد كبير جداً ، لأن لكل مفاوضات هدفًا معينًا هو الوصول إلى اتفاق بين الطرفين ، وعليه فهناك علاقة وثيقة ومباشرة بين تحديد الهدف من التفاوض والنجاح فى هذه المفاوضات .

المبحث الثالث

الاتفاق على جدول الأعمال وتقديم المقترحات

يعتبر جدول الأعمال خطة موضوعة للعمل بموجبها والبناء على أساسها . فهو وسيلة ضرورية لتنظيم عملية التفاوض ، لذلك يجب أن يشتمل على الآتى :

١- كيفية البدء فى المفاوضات .

٢- أنواع الموضوعات المفروض أن تشملها هذه المفاوضات .

٣- هل سوف يتم التفاوض حول الموضوعات المختلفة منفصلة أو مجتمعة ؟ وهل يعتزم الأطراف الدخول فى النقاط المهمة مباشرة أو النقاط الممكن معالجتها بسهولة أم لا ؟ .

من ذلك يتضح أن جدول الأعمال يهدف إلى وضع الأولويات التى سيتم التحادث والتفاوض حولها ، وما سوف يتخذ حيال الموضوع المتفاوض عليه ، وما سوف يتم التنازل عنه خلال عملية التفاوض .

ومن الأهمية بمكان إعداد جدول الأعمال مفصلاً لكافة الموضوعات التى يرغب الأطراف فى تغطيتها فى عملية التفاوض. إلا أن إعداده لا يكون ممكنًا بالشمولية الكافية إلا بعد أن تكون هناك فكرة واضحة وسليمة حول موضوع التفاوض [٢٥] .

وجدول الأعمال يمكن أن يقدم من قبل أحد أطراف التفاوض إن لم يكن معداً من قبل الطرفين مجتمعين . فإذا تقدم طرف به وقبله الطرف الآخر فإن لهذا ميزة كبيرة لمن قام بإعداده وتقديمه ، حيث يضع الطرف الذى قام بإعداده ما يراه ملائماً ، كما يحدد أولويات الموضوعات التى يرغب فى مناقشتها أولاً بأول . فإذا تم ذلك فإنه يجعل الطرف الآخر يقف موقف المدافع ؛ لأن من يضع جدول أعمال المفاوضات سوف يضع فى أولوياته ما هو فى مصلحته ، وهذا يعنى أنه سوف يضع الأشياء الثانوية أولاً لمناقشتها والتفاوض عليها ، حيث قد يتم التنازل عن بعضها، وفى مقابل ذلك يتوقع المفاوض الذى قام بإعداد جدول الأعمال أنه كلما بدأ التقدم فى المفاوضات حول المحاور الرئيسية والمهمة فإنه سيحصل على تنازل من الطرف الأخر فى مقابل التنازل السابق الذى قدمه له وإن كان لأشياء ثانوية بالنسبة له .

فإذا أقحم معد جدول الأعمال الأشياء الرئيسية فيه أولاً فإن الطرف الآخر ربما يحاول أن يوقف أو يُعلِّق النقاش حول الأشياء الرئيسية مؤقتًا ويطلب البدء فى النقاش حول الأشياء الثانوية فى محاولة منه لوضع توازن مع الأشياء الرئيسية التى يهدف واضع جدول الأعمال إلى عمل توازن بينها (٢٦) .

أما إذا تم إعداد جدول الأعمال من قبل فريقك التفاوضى فيستحسن أن يتم إعداده من قبل كافة الأطراف المشاركين فى الفريق وبموافقتهم جميعًا ، وذلك للوقوف فى التفاوض كجبهة واحدة . كما يستحسن أيضًا تحديد مسئولية كل طرف فى الفريق حتى لا يكون هناك فرصة أو احتمال للاختلاف فى الآراء أثناء عملية التفاوض (٢٧) . كما يجب أن تتاح الفرصة للمفاوض الرئيسى أن يكون قادراً على استخدام تخصص كل عضو لديه معلومات حقيقية ليقدمها كمتخصص فى فريقه التفاوضى إلى الحد الأقصى والممكن .

أيضًا يجب على الطرف المفاوض أن يحدد دور المتخصص وأين يستخدمه إذا كان فريق التفاوض مكونًا من عدد من المتخصصين ، بحيث يعهد إلى كل واحد بمناقشة الجانب الذى يكون متمكنًا فيه عمليًا ويعرف فيه أكثر من غيره . فمثلاً ، هناك فريق يناقش موضوع التكلفة وآخر يناقش سياسة الشركة... إلخ .

كما يجب الأخذ بعين الاعتبار المدة اللازمة للتفاوض والتى يجب أن تقدر بعقلانية ويكون للمفاوض بعدها الحرية فى الوصول إلى اتفاق أو قفل باب التفاوض. فإذا كان هدف أطراف التفاوض هدفًا مشتركاً بقصد الوصول إلى حل مقبول حول موضوع التفاوض ، فالجميع سوف يكون لهم نفس الاجتهاد لإنجاز العملية التفاوضية . فمثلاً إذا أردت أن تبيع والطرف الآخر يريد أن يشترى سلعة ما، فقد لا يكون هناك إلا مشاكل صغيرة للاتفاق على المكان والزمان فقط وعلى جدول الأعمال ، لأن الاتفاق على هذه الأشياء هو فى نفس الوقت تفاوض للوصول إلى شىء متفق عليه حيالها.

ولا شك أن الصياغة السليمة لخطة التفاوض مهمة جداً ، لأن وضوح الصياغة يحدد مبدئيًا الهدف المنشود من وراء المفاوضات لكل الأطراف . فوضع الخطة فى نقاط محددة يجعل الرجوع إليها وتذكرها شيئًا سهلاً ، كما ينبه الأطراف إلى ما يجب طرقه

أثناء التفاوض بالرجوع إلى النقاط المحددة سلفًا فى الخطة الموضوعة ، ومعرفة ما إذا تم بحث كافة النقاط ومناقشتها ، وذلك حتى يستطيع الطرف المفاوض استرجاع ما يفكر فيه وما يجب أن يقوله ، ومع من يريد أن يتكلم فى الموضوع ، وما يجب أن يناقشه أثناء التفاوض والقرار المتوقع أن تصل إليه المفاوضات (٢٨) . لأن وضع الهدف وصياغته يجعل المفاوض يفكر فيما يريد ولماذا وما هو المقابل الذى يقدمه .

كذلك لا بد من التفكير فى الحد الأدنى الذى لا يمكن التنازل أو النزول عنه أثناء عملية التفاوض (٢٩) ، ووضع هذا الحد الأدنى يجب أن يكون محل تفكير من قبل الأطراف المتفاوضة وهو ما يسمى بإستراتيجية البقاء والاستمرار (٣٠) . ويجب عند وضع الهدف ومن ثم العمل على تحقيقه من خلال التفاوض ألا تنسى كمفاوض أن من تتفاوض معه أيضًا له أهدافه التى يرغب فى تحقيقها من خلال دخوله معك فى عملية التفاوض ، ومن ثم فقد يرفض المفاوض المقابل أى عرض تتقدم به لا يتفق مع تطلعاته (٣١) .

وفى التفاوض حول عقد صفقة تجارية نجد أنه فى كثير من الأحيان قد يتطلب الأمر منك كمفاوض إعداد اقتراح مكتوب لعقد معين لاستعماله كأساس وقاعدة للتفاوض عليها لجعل الاقتراح المكتوب يترجم إلى حقيقة . لذلك فلا بد من الأخذ بعين الاعتبار العناصر التالية فى صياغته :

١- أن يكون واضحًا ومختصرًا .

٢ - أن يكون دقيقًا فى صياغته .

٣- أن يكون ما تضمنه من اقتراح مقنعًا .

٤- أن يتم طرح كافة الموضوعات المتعلقة به ، وهذا يعنى ألا تتجاهل المشاكل التى قد تنشأ مستقبلاً .

٥ - أن يكون فيه تجديد وإبداع .

كما أن صياغة وإعداد العقد التجارى الدولى المقترح من قبلك كمفاوض لتقديمه كعرض أول له ميزة كبيرة جدًا . لأن من يقوم بالصياغة الأولية تكون لديه فرصة متاحة وكبيرة لأن يضع ما يراه لازمًا من شروط تتلاءم مع متطلباته وتتفق مع وجهة نظره بما يخدم مصالحه ، حتى ولو تعين عليه التغيير أو التعديل فى بعضها أثناء التفاوض .

ولكن النجاح فى تقديم عرض أو اقتراح عرض عادة ما يكون قبل الوصول إلى اتفاق نهائى ، لذلك فالمهارة فى تقديم هذا العرض أو رفض عرض الآخرين يكون لها أهمية كبيرة ، باعتبارها فرصة لمعرفة واستجلاء نية الطرف المفاوض الآخر ومن ثم إتاحة الفرصة لاستخدام تكتيك وإستراتيجية التنازل والتنازل المقابل .

وهذه الوسيلة فى التفاوض تسمى وسيلة الأخذ والعطاء المتبادل ، وهى وسيلة تستخدم لتجنب الوقوع فى تنازلات متلاحقة دون الحصول على مقابل لذلك [٣٢] ، لأن النجاح فى التفاوض لا يتوقف على المهارة والتحمل والوصول إلى إخضاع الطرف الآخر ، وإنما على القدرة إلى الوصول إلى تسوية متوازنة .

والميزة الكبيرة لك كمفاوض هى أن تترك الطرف الآخر يقدم الاقتراح أو العرض الأول . وهذه الميزة تتجلى فى حصولك على الفرصة لإبداء وجهة نظرك فى عرضه الذى قدمه ومن ثم البدء فى النقاش والتفاوض حوله لإسقاطه أو تقديم اقتراح مضاد للتفاوض عليه .

وعلى كل حال يجب أن تكون لديك فكرة واضحة عن مدى الفرق فى المواقف مع من تتفاوض معه ومدى اختلافه مع ما تتوقعه . وسواء كنت ناجحًا فى إقناع الطرف الآخر لتقديم العرض الأول أم قمت بنفسك بتقديمه دائمًا تأكد من أن العرض الأول الذى تقدمه يعطيك الفسحة للتنازل كلما تقدمت المفاوضات ، وإلا فسيكون صعبًا الوصول إلى اتفاق [٣٣] .

وفى بعض الأحيان قد تجرى المفاوضات مع عدة أطراف ومصادر بهدف الحصول على أفضل الأسعار ، خاصة عندما يكون هناك كثير من المتنافسين على مشروع معين أو كثير من المشترين لبضاعة معينة أو بائعين للسلعة المراد شراؤها ، ويكون لدى الجميع استعداد للمنافسة ضد بعضهم عند طرح مشروع المناقصة أو المنافسة . ولا شك أن مثل هذا الاتصال مع عدة أطراف له ميزة واضحة لأن التفاوض مع هذه المصادر والتعاقد مع واحد أو أكثر منها يعتبر فرصة للحصول على أفضل الأسعار بالمقارنة بتلك الأسعار عندما يتم التفاوض مع مصدر واحد فقط [٣٤] . كما أن هذا يعتبر هو الأسلوب المثالى والمعتاد فى العقود التجارية الكبيرة وخاصة عند التعامل مع

الحكومات بهدف القيام بعمل تجارى أو مع الغير من التجار المنافسين . والاختلاف الكبير بين الحصول على الخدمة أو السلعة من المتنافسين وبين طلب الحصول على عدة عروض متنافسة من مصادر مختلفة والمفاوضات مع طرف واحد هو الإجراءات الشكلية والرسمية المطلوبة ، التى عادة ما تكون طويلة عندما يكون هناك مصادر متعددة للسلعة أو متنافسون كثيرون للقيام بالعمل المراد إنجازه أو الخدمة المراد الحصول عليها ، والتى قدمت العروض المتعددة لإنجازها أو القيام بها .

المبحث الرابع

ضوابط وأساليب إدارة عملية التفاوض فى مجال التجارة الدولية

التفاوض فى أى ميدان سواء كان سياسيًا أو اقتصاديًا أو فى ميدان التجارة الدولية ، وسواء كان ذلك على النطاق الدولى أو الإقليمى أو المحلى ، وفى أى نشاط كان ، له مهاراته وأساليبه المتنوعة التى تؤثر على النتيجة النهائية وهى التوصل إلى اتفاق نهائى بين الأطراف ، ولا شك أن الأسلوب الذى تدار به عملية التفاوض يلعب دورًا كبيرًا وفعالاً فى الوصول إلى النتيجة الناجحة لعملية التفاوض .

والتفاوض على العقود التجارية الدولية مثله مثل غيره من أنواع التفاوض فى الحقل السياسى والاجتماعى ، يكون الحوار والنقاش فيه بين الأطراف هو وسيلة التفاهم إلى الوصول إلى اتفاق متوازن ، لأن المحادثات الشفوية وسيلة التفاوض الأولى فى البيع والشراء والمقايضة بين سلعة وأخرى .

كذلك فإن إرضاء الحاجة عامل رئيسى فى اللجوء إلى التفاوض ، لأنه فى التفاوض يفترض أن أياً من الأطراف المتفاوضة يريد شيئًا مقابلاً لما يعطيه وإلا لما لجأ إلى ذلك . وبناء عليه فنظرية الحاجة تقود انتباه الأطراف إلى أنواع التطبيقات التى يمكنهم اللجوء إليها ، بالإضافة إلى البحث عن الخيارات وأسلوب تحقيقها [٣٥] .

والتفاوض لعقد صفقة تجارية على المستوى الدولى ليس من السهولة بمكان، لأنك كمفاوض سوف تضطر لأن تتعامل مع شخصيات تجارية مختلفة ثقافيًا واجتماعيًا،

وهذا لا يستلزم منك أن تواجه اختلاف العادات الاجتماعية والثقافية فقط ، ولكن أسلوب التفاوض أيضا الذى يختلف باختلاف البيئة الاجتماعية لمن تعتزم التفاوض معه [٣٦] .

ولعملية التفاوض أساليب عدة وطرق كثيرة يستخدمها المتفاوضون للوصول إلى النتيجة المرغوبة . فالأسلوب الممكن فى موضوع معين قد لا يكون عمليًا مفيداً فى موضوع آخر ؛ فمثلاً أسلوب التفاوض حول نزاع سياسى يختلف تمامًا عن أسلوب وطريقة التفاوض حول عقد تجارى ، على الرغم من أن هناك عوامل كثيرة مشتركة فى عملية التفاوض مهما اختلف موضوعها . وكثير من الكتاب الذين كتبوا حول موضوع التفاوض لم يقوموا بمناقشة وتحليل عملية التفاوض فى العمل التجارى الدولى . ولكن لا بد للمتفاوض فى هذا الحقل ، سواء كان رجل أعمال أو مستشاراً قانونيًا يفاوض بالنيابة عن عميله لعقد صفقة تجارية ، أن يعرف الأساليب الخاصة التى يمكن استخدامها عند التفاوض ، سواء كان التفاوض مع بنك للحصول على قرض لتمويل صفقة تجارية أو مشروع معين أو مع وكلاء تجاريين للحصول على وكالة تجارية أو مؤسسات حكومية يرغب فى التعاقد معها[٣٧] .

ولأن لكل مفاوضات مجالاً معينًا ، فكل طرف يضع فى اعتباره قبل البدء فى عملية التفاوض الحقيقية الهدف الذى يرمى إليه ، ففى عقد البيع الدولى للبضائع مثلاً ، كل طرف يضع فى اعتباره سعراً معيناً لا يمكن النزول عنه ، بل سوف يرفض البيع والشراء لو نزل عن ذلك الحد، وعليه فالسعر سوف يكون نقطة غير محددة بنطاق ومجال معين لسعر يمكن للأطراف أن يجدوا فيه الكفاية .

ومجال السعر هذا عادة يؤسس من خلال قرار يتخذه رجل الأعمال ، حيث إنه فى أغلب المفاوضات التجارية تعد قيمة العقد هى أهم شيء يجب الاتفاق عليه . فإذا كان السعر عالياً فهناك وسيلة وحيدة يمكن بواسطتها تخفيضه أو إقناع الطرف الآخر بمعقوليته . وهذه الوسيلة هى تحليل الأسس التى بموجبها تم تحديد هذا السعر . فمثلاً ، إذا كنت البائع لسلعة ما أو المتقدم بعطاء معين فما عليك إلا أن تبين للطرف الآخر خصوصيات سلعتك أو خدمتك التى سوف تقدمها بحيث تقنع الطرف الآخر بمعقولية أسعارك ، خاصة إذا كانت الأسعار المقدمة من الآخرين أسعاراً عالية ، فإذا تم الاتفاق على نقاط معينة فيستحسن توثيق ما تم الاتفاق عليه أثناء التفاوض للرجوع

إليه فيما لو حصل سوء فهم مستقبلاً (٣٨) . كذلك من وسائل التفاوض الناجح قدرة المفاوض على الإحاطة بالشروط التى تضمن عدم حصول احتمالات غير متوقعة . ففى العقود طويلة الأجل يستحسن أن يعمل المفاوض على تقويم المكسب والخسارة أو التغيير للمواصفات بما يرضى العميل دون الإخلال بنوعية المبيع إلى غير ذلك من البيع الفصلى أو التخفيضات السنوية (٣٩) .

وعلى المفاوض عند الرغبة فى عقد صفقة تجارية دولية أو التعاقد على مشروع معين أن يأخذ بعين الاعتبار بعض الاعتبارات الهامة التى لا بد من اتباعها إذا كان يرغب فى نجاح عملية التفاوض والخروج بنتيجة مرضية له أو لمن يتفاوض بالنيابة عنه ، وهذه الاعتبارات هى كما يلى :

أولاً – طبيعة المفاوض والتنوع الثقافى :

لا شك أن لطبيعة المفاوض دوراً كبيراً فى نجاح المفاوضات . فكل مفاوض يحمل معه خصائصه المعينة وخلفيته الثقافية ومواقفه سواء أسست على خبراته أو تاريخه الشخصى (٤٠) . فالاختلاف الثقافى والاجتماعى ، وكذلك اللغة المستخدمة فى عملية التفاوض ، والتى يمكن أن تؤدى إلى صعوبات جمة أثناء عملية التفاوض ، له دور كبير فى المفاوضات مما يحتم على المفاوض أن يجمع من المعلومات ما يكفى عن الخلفية الاجتماعية والثقافية لمن سوف يتفاوض معه (٤١) .

والمفاوض الناجح هو صاحب الأسلوب المميز الذى يجذب الآخرين للأخذ والرد معه حول الموضوع وهذا ما يسمى بالقدرة على الاتصال ، والذى يعتبر من الأشياء المهمة لنجاح المفاوضات . أيضاً من مميزات المفاوض الناجح التمتع بمهارة حسن الاستماع ؛ لأن ذلك يمكِّن المفاوض من محاولة تحسس المواقف الحقيقية للطرف الآخر(٤٢) ، كما يعطيه الفرصة لتحليل ما يقوله الطرف الآخر ويبين التناقض فيما يقوله وفى مواقفه عن هذه المفاوضات ، كما قد يكشف بعض الأشياء التى قد تؤثر فى مصداقيته (٤٣).

ومن شروط المفاوض الناجح قدرته على التحكم فى شعوره أثناء التفاوض وضبط النفس ، وهذا من الأشياء المهمة جداً ؛ لأنه يحول دون الوقوع فى الخطأ عند التحدث

بعصبية مما قد يؤدى إلى عدم الوصول إلى اتفاق (٤٤) . فالمفاوض الناجح يجب أن يعرف متى يتوقف عن الكلام في أثناء عملية التفاوض ، لأن فى التفاوض مرحلة حرجة وحساسة هى تلك المرحلة التى بعدها لا يمكن التحكم فى النتيجة النهائية التى قد تكون عدم الوصول إلى الهدف المنشود (٤٥) .

ثانيًا – القدرة على ابتداع الخيارات :

تعتبر القدرة على ابتداع الخيارات من أساليب المفاوض الناجح ، لأن ذلك سوف يسمح بوجود توافق لخروج كلا الطرفين باتفاق مرضٍ يشبع حاجات كافة الأطراف . وفى عملية البيع والشراء هناك بعض العناصر عند التفاوض على الدخول فى عقد تجارى ، فمثلاً ، إذا كان الثمن محدداً ، فالمفاوض فى هذه الحالة يجب أن يكون له القدرة على إيجاد وسيلة وخيار لتعديل السعر أو غير ذلك من المشاكل المتوقعة فى المستقبل فيما لو برزت الحاجة إلى ذلك . أو أن يكون الخيار هو تقديم بعض التنازلات فى بعض المجالات المرتبطة بالعقد كوسيلة لإخراج الاتفاق من مأزق الجمود أو تحسين ذلك بالحصول على ضمانات دون تغيير الأسعار، وهذا يتطلب المعرفة التامة بطرق الدفع المختلفة والشروط اللازمة للحصول على بعض التخفيضات بالنسبة لمن يدفع مقدماً ونقداً أو لمن يقوم بشراء كمية كبيرة مثلاً .

ويكون ابتداع واستخدام الخيارات مهماً جداً ، خاصة فى العقود المتعلقة بالتموين والخدمات ذات الحاجة المستديمة والمتواصلة . والغرض من ابتداع الخيارات هو ضمان مصدر للقطعة محل الخيار والتأكد من ثبات السعر لمدة طويلة .

والفوائد من هذه الخيارات هى أن الاعتماد على مصدر وحيد للتموين يعتبر غير مفيد فى التجارة لما قد يحصل من تعطيل فى حالة ما إذا حصلت مشكلة مع الممون أو المتعهد بإنجاز العقد . والصعوبات التى قد تنتج عن الخيارات دائمًا تتعلق بالسعر الذى قد يرتفع عند تَغيُّر السوق ، ويكون الممون غير راغب فى أن يرتبط بسعر أقل من سعر السوق .

ولمعالجة مثل ذلك يمكن لمن يقوم بالصياغة أن يضع الضوابط اللازمة للحماية من هذه الصعوبات كوضع معيار معين لتحديد السعر أو وضع شرط خيار عدم ثبات

السعر فى العقد ، كشرط الحق فى إعادة التفاوض حول الأسعار فيما لو لم يتم الاتفاق على السعر فى وقت محدد، علماً بأن العادات التجارية قد تكون هى المعيار المرجح فيما إذا كان شرط الخيار هذا مستخدماً أم لا [٤٦] .

ثالثاً – تحليل الأهداف والتعاون وتقدير حاجة المفاوض الآخر :

المفاوضات كما سبقت الإشارة إليها عبارة عن أداة للوصول إلى حلول وسط مقبولة من كلا الطرفين المتفاوضين ، وذلك عن طريق تقديم تنازلات متبادلة بهدف الوصول إلى الحد الأدنى الممكن قبوله من قبلهما .

وفى سبيل الوصول إلى ذلك لا بد من تمتع المفاوض بقدرة عالية وكبيرة على تحليل أهداف الطرف الآخر ؛ لمعرفة ما يصبو إليه ومحاولة إرضائه بما لا يؤثر على الهدف الذى يرمى إلى تحقيقه من التفاوض ولتفادى المفاجآت فى المواقف [٤٧] .

كما أن تحديدك لمنصب الطرف المفاوض الآخر داخل المؤسسة أو الشركة التى يعمل فيها يعطيك القدرة على معرفة ما يجب أن تقدمه له وما يمكن أن يقدمه فى مقابل ذلك ، لأن السلطة التى يتمتع بها الطرف المفاوض فى هذه المؤسسة شيء مهم جداً ، خاصة فى التفاوض حول العقود الضخمة ، لأن ذلك سوف يقلل من احتمال الرفض والقبول لما تم التفاوض عليه . فإذا كان المفاوض المقابل ذا منصب عالٍ أو يتمتع بسلطة مؤثرة فى المؤسسة التى يعمل فيها فإن ذلك يسهل الموافقة على ما قام به من تفاوض أو تم الاتفاق عليه [٤٨] . والتعاون شيء مهم لأن الحلول الوسط لها نتائج دائمة وكبيرة ، فأى مفاوضات تتم فى مناخ تنافسى بين الأطراف قد تنتهى بنصر دائم لطرف واحد ولكن لا تدوم طويلاً . فالنصر لطرف واحد قد يحمل معه بذور نهايته [٤٩] ؛ نظراً لأن الخاسر فى العملية سوف يحاول أن يطلب التعديل فى أول فرصة تحين له مما يؤدى إلى الدخول فى دوامة وحلقة مفرغة لا نهاية لها . لذلك فإن ما يمكن أن يتعلمه المفاوض الناجح هو ألا يضغط من أجل الحصول على أحسن صفقة لتطويق الطرف الآخر المنافس له .

من كل ذلك نخلص إلى القول بأن التفاوض أخذ ورد ، ومن ثم فإن الضغط للحصول على الحد الأقصى قد يؤدى إلى رفض التفاوض وإنهائه من قبل الطرف الآخر ، لأن أى ضغوط أكثر من المطلوب قد تؤدى إلى هدم عملية التفاوض .

رابعًا - تحديد الإستراتيجية التى يجب اتباعها خلال عملية التفاوض :

يجب أن نعرف مبدئيًا أن الإستراتيجية تختلف عن التكتيك وإن كانت سوف تؤدى إلى نفس الهدف . فالإستراتيجية هى الخطة الموضوعة والمقصود اتباعها فى عملية التفاوض للوصول إلى الهدف المنشود . فهى الخطوط العريضة التى وضعت للتفاوض ، بينما التكتيك هو عمل محدد لتطبيق الإستراتيجية (٥٠) . والإستراتيجية تختلف عن التكتيك الذى يتبعه المفاوض لتطبيق الإستراتيجية ، فهى تُعْنَى بالحل عن طريق أوسع وأعرض ، أما التكتيك فهو بعض المناورات التى تتبع خلال عملية التفاوض للوصول إلى الهدف ومن ثم فإنه وسيلة لتحقيق الهدف . والتكتيك دائمًا يستخدم لتنفيذ الإستراتيجية فى مفاوضات معينة ، حيث يعتبر الخطوة الأولى التى يجب على المحامى أن يتخذها ليحرك المفاوضات فى الاتجاه الذى يحدده لهدف عميله بواسطة التخطيط والتنفيذ للإستراتيجية التى اختارها المفاوض . والتكتيك قد يتمثل فى إعطاء التنازل الأول ، لذا فالمفاوض الخبير سوف يوظف طرقًا ووسائل متنوعة للوصول إلى أهدافه . فمثلاً على مستوى الشركات يمكن أن يستخدم السعر المحدد ومبدأ أخذه أو تركه (٥١) ، وهذا بخلاف ما يتم فى سوق بيع وشراء السيارات أو غيرها من السلع التى تباع فى حراج المزاد حيث لا يكون هناك احتكار ويكون للمقايضة والتفاوض حول السعر المناسب مجال أوسع وأرحب .

والإستراتيجية عادة تستخدم فى مفاوضات معينة من أجل إنجاز الهدف المحدد من قبل العميل . وطبيعة الهدف لا شك أنها تؤثر على طبيعة النزاع ونوعية الإستراتيجية المتبعة .

أيضًا فإن اختيار إستراتيجية معينة قد يتأثر بعدد كبير من العوامل التى من ضمنها ما يلى :

١- طبيعة النزاع أو القضية محل النزاع أو التعامل .

٢- هدف الأطراف وهل هو هدف بعيد أم قصير المدى .

٣- علاقة الأطراف مع بعضهم البعض .

٤- نوع المصالح التى يهدف الأطراف إلى تحقيقها وهل هى مصالح اقتصادية أم سياسية أم خليط من الاثنين معًا .

٥- هل مفاوضات الأطراف اختيارية أم إلزامية ؟

٦- هل التفاوض علنى أم سرى ؟

٧- هل موضوع التفاوض ذو قيمة كبيرة أم لا ؟

٨- قوة الأطراف التفاوضية والاقتصادية الحالية والمحتملة .

٩ - هل المفاوضات تتم وجهًا لوجه أم من خلال تليفون أم كتابة ؟

١٠- أيضًا تتأثر المفاوضات بطبيعة الأشخاص المفاوضين وشخصياتهم والعوامل النفسية لهم(٥٢) .

أما نتيجة عملية التفاوض فلا يمكن التنبؤ بها ، لأن النتيجة النهائية قد لا تكون كما توقع المفاوض على الإطلاق ، ولكن الاستعداد الجيد ووضع الإستراتيجية الناجحة والمحددة قد يعطى الفكرة الأولية عما سوف تكون عليه هذه النتيجة .

وعلى الرغم من أنه ليس من السهل دائمًا التمييز بين الإستراتيجية والتكتيك والمواقف ، إلا أن كثيراً من المواقف تعتبر إستراتيجية . فمثلاً ؛ اختيار الوقت المناسب يعتبر إستراتيجية مهمة جداً ، فيجب أن يعرف المفاوض ما يقول فى الوقت المناسب ، كما هو الحال بالنسبة للحركة المناسبة فى الوقت المناسب .

أيضا يجب معرفة أن الصبر والهدوء ومعرفة الحد الأدنى المطلوب التنازل عنه (٥٣) ، يعتبر من العوامل المهمة لنجاح الإستراتيجية . فإذا تبنى المفاوض إستراتيجية التنازل ، بهدف سحب البساط من تحت أقدام الطرف الآخر واعتبار هذا التنازل إكرامية مقدمة له ومن ثم إشعاراً له بألا يطلب غيرها ، فيجب أن يكون للشيء المتنازل عنه قيمة بالنسبة للطرف الآخر فى عملية التفاوض . ويجب التنبيه هنا أيضا أنه متى ما تم تقديم التنازل فإنه يصعب سحبه (٥٤) ، لذلك فلا بد قبل أن يتم تقديم التنازل أن يكون مخططًا له ومدروسًا دراسة وافية حتى لا يكون هناك حاجة لسحبه لو أن الطرف الآخر رفض إعطاء شيء مقابله .

مثل هذه الإستراتيجية يجب ألا تستخدم إذا كان الطرف الآخر الذى يقوم بها فى موقف ضعيف ، لأن فتح باب التنازل وفقًا لهذه الإستراتيجية فى مفاوضات العقود التجارية الدولية مثلاً ، ربما يدخل فيها حق المشترى فى إلغاء العقد بعد الفترة الأولى

إذا لم يكن راضيًا عن البضاعة أو الخدمة المقدمة . فهذا التنازل قد يشجع المشترى للدخول فى اتفاق مبدئى ما دام سيحصل على البضاعة إذا كان الفحص مرضياً ، بينما يتجنب تكاليف الفحص حتى يحين إقفال موعد الاتفاق المرغوب فيه (٥٥) .

ومن أمثلة الإستراتيجية الناجحة التى يمكن اتباعها فى المفاوضات ما يلى (٥٦) :

١ - الإحجام عن الحديث حول موضوع التعاقد ، وكذلك التأكد من معرفة متى يقف المفاوض عند حد معين ، لأن ذلك يعتبر إستراتيجية مهمة. مثال على ذلك المحامى والمستشار القانونى ، الذى يعرف متى يقف عن الكلام عندما يفاوض على عقد صفقة تجارية ، والبائع الذى ينصت كثيراً ويفاوض على ما يريد بيعه بأناة ودون عجلة من أمره .

٢- عنصر المفاجأة ، وهو يعنى تعديل الأسلوب والطريقة فى التحدث بطريقة مفاجئة للطرف الآخر. فمثلاً ، عندما يكون المفاوض هادئًا طيلة وقت التفاوض ثم يغير أسلوبه ونبرات صوته فجأة فإن ذلك سوف يكون له تأثير فى مواقف الطرف الآخر .

٣- وضع الطرف الآخر أمام الأمر الواقع بتقديم اقتراحك وإبلاغه بأن يأخذه أو يرفضه ، (Now it is up to you - fait accompli) ، ولكن على الرغم من الخطورة فى استخدام هذه الإستراتيجية إلا أنها قد تكون مطلوبة أحيانًا . فمثلاً ، فى حالة دمج الشركات الكبيرة يمكن أن يكون استخدام هذا الأسلوب مجديًا بكثرة . كما يمكن استخدام هذا الأسلوب عندما تكون صيغة العقد قد أرسلت إلى الطرف الآخر وكان العقد يتضمن بعض الشروط غير المرغوب فيها أو غير المتفق عليها ومن ثم يمكن لمن أُرْسِل له هذا العقد أن يقوم بشطب هذه الشروط ويوقع العقد ويرسله بحيث يجعل الطرف المُرسِل للعقد أمام الأمر الواقع ، إما بقبول التعديل والتوقيع مع الشطب أو بإعادة التفاوض حول العقد مرة أخرى .

٤- الانسحاب الظاهرى الذى يهدف إلى إيهام الطرف الآخر بالانسحاب دون أن يشعر به أو يحسب له وذلك ليتحكم المنسحب فى التفاوض .

٥- وضع حد معين للتفاوض سواء بالنسبة للوقت المسموح بالتفاوض فيه أو المعلومات الممكن التفاوض حولها ، وذلك بهدف اختبار قوة الطرف الآخر .

٦- التركيز على موضوع التعاقد الذى يرغب الأطراف التفاوض عليه ومناقشته . وهذا يعنى عمومًا التأكيد على نقاط القوة فى مواقف المفاوض للوصول إلى ما يهدف إليه . فمثلاً ، إذا كانت نقطة القوة هى السعر أو النوعية أو خدمة ما قبل البيع فيجب التأكيد والتركيز عليها لإقناع الطرف الآخر بما تقدمه .

٧- أيضًا يعتبر من الإستراتيجية ما يسمى بمهارة حسن الاستماع ، وذلك بالتركيز على ما يقوله الطرف الآخر . فكثير من الناس لا يفكرون فيما يقولون ، ولكن يجب معرفة أن التركيز على ما يقوله الطرف الآخر يساعد على تحديد الإجابة المناسبة، لذا فإن له أهمية كبيرة فى التفاوض أيًا كان نوعها لأنه عند الانتهاء من البحث والتقصى عن الموضوع المراد التفاوض حوله أو عليه يجب الانتباه إلى أن بعض ما تم التوصل إليه قد يحتاج إلى تعديل وفقًا لما قد تتطلبه الحالة نفسها .

٨- أخيراً فمن ضمن هذه الإستراتيجية والتكتيك ما سمى بتكتيك قفل المفاوضات . فعندما تكون المفاوضات على وشك الانتهاء ولم يتم الحصول على اتفاق فإن هناك العديد من الاعتبارات التى لا بد من أخذها بعين الاعتبار للمساعدة فى قفل المفاوضات والتشجيع على الوصول إلى اتفاق ، وهذه الاعتبارات هى كما يلى(٥٧) :

أ - أن يكون المفاوض واقعياً ويمتنع عن الإصرار على الحصول على أفضل الشروط .

ب - من الذكاء أن يعمل المفاوض على المحافظة والدفع إلى الأمام من أجل تحقيق الهدف المرسوم ، وهذا يمكن أن يتم بإقناع الطرف الآخر على الموافقة على شروط يمكن أن تساعده فى المستقبل .

جـ - عامل الوقت أيضًا مهم جدًا للوصول إلى إنهاء للتفاوض والنتيجة المطلوبة .

د - عند نهاية التفاوض يستحسن الاتفاق على من سوف يقوم بصياغة وكتابة الوثيقة النهائية ، وهى التى من الأفضل أن تتبرع بالقيام بها ؛ لأنك سوف تتحكم فى مضمونها بما تراه ملائمًا .

الهوامش

(١) مثال على ذلك ما حصل فى المملكة العربية السعودية من امتلاك شركة أرامكو عن طريق التفاوض وليس عن طريق التأميم كما حصل فى أغلب الدول المالكة للمواد الطبيعية .

(٢) د. حسن الحسن : التفاوض والعلاقات العامة ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٣هـ (١٩٩٣م) ، ص ص (١١-١٢) .

(٣) Peter Siviglia : Commercial Agreements : A Lawyer's Guide to Drafting and Negotiating, (Lawyers Cooperative Publishing, 1993), p. 357 .

(٤) Donald G. Gifford, Legal Negotiation : Theory and Applications, p. 1-2, (West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1989). ,

- Gerald R. Williams : Legal Negotiation and Settlement, p. 5, (West Publishing Co., 1983) .

(٥) Roger Fisher, William Yry and Bruce Patton : Getting To Yes Negotiating Agreement Without Giving In, Harvard Negotiation Project (Second Edition, Penguing Books USA Inc., 1991) .

(٦) د. حسن الحسن ، مرجع سابق ، ص (٨٧-١١٣) .

(٧) Gerard I. Nierenberg : Fundamentals of Negotiating, p. 2-19, (Haper & row Publishers, New York, 1987) .

(٨) Ibid. p. 29.

(٩) Arhue G. Pulis, III : Negotiating A Bank Loan, (Probus Publishing Company, Chicago, Illinois,1991), p. 224-259 .

(١٠) د. حسن الحسن ، مرجع سابق ، ص (١٣) .

- Nicole Schapiro : Negotiating for Your Life, (henry Holt And Company, New York,1993), p. 86-89 .

(١١) Gerald R. Williams : Legal Negotiation and Settlement, p. 70-72, (West Publishing Co., 1983) .

(١٢) Gerard I. Nierenberg, op. cit., p. 84-94 .

(١٣) Nicole Schapiro, op. cit., p. 88-89 .

(١٤) Chridtian H. Godefroy & Luis Robert : Outstanding Negotiator, p. 51, (Christian H. Godefory and Edi inter S.A., Geneva, Switzerland,1991) .

(١٥) Nicole Schapiro, op. cit., p. 88-89 .

(١٦) اتصال الأطراف فى العقود التجارية قد يكون لأول مرة عن طريق البريد أو التكلس ، كمال هو الحال فى عقود البيع والشراء مثلا ، حيث نجد أن الاتصال الأول يكون عن طريق البائع للبحث

عن سوق جديدة لمنتجاته . فالبائع سوف يحدد مشترين أو مشتريًا معينًا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ثم بعد ذلك يتصل بهم أو به مباشرة . هذا الاتصال الأول سوف يتضمن لاشك وصفًا لشركة البائع وشرحًا للمنتجات المراد بيعها واقترحًا بالتفاوض حول السلعة المراد بيعها . كما قد نجد أن المشترى ربما يبدأ الاتصال الأول للبحث عن ممول لخدمة معينة يرغب فى الحصول عليها . هذا وسواء كان البائع أو المشترى هو الذى بدأ بالاتصال الأول للبحث عن ممول للمنتج أو خدمة معينة يرغب فيها فقد يتضمن العرض إشارة إلى السعر سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة كما هو الحال عندما يتم ذكره فى دفتر المعلومات أو المنشورات الدعائية عن المنتج أو فى قائمة الأسعار ، وقد نجد فى بعض التعاملات التجارية الدولية المعقدة أن هناك بعض الإجراءات البروتوكولية التى يجب أن تتخذ أولاً قبل إتمام الصفقة : فمثلاً قد يكون الاتصال عن طريق وسيط هو المفضل أو قد يكون هناك تعريف بالمشترى أو البائع من قبل طرف ثالث قبل الاتصال المباشر لمعرفته عن قرب .

-Gerald R. Williams, op. cit., p. 78 .

(١٧) Nicole Schapiro, op. cit., p. 89-92 .

(١٨) Mark K. Schoenfield & Rick M. Schoenfield : Legal Negotiations, Getting Maximum Results, (Mc Garw - Hill,Inc. 1988), p. 244-248 .

(١٩) Ibid. p. 248-249 .

(٢٠) George Fuller, Negotiator's Handbook , (Prentice Hall, Publisher 1991), p. 3 .

(٢١) هذا يختلف باختلاف من هو الطرف المتقدم باقتراح التعاقد التجارى أو طلب حل معضلة معينة . فإذا كنت أنت المتقدم بالاقتراح أو سوف تتقدم به فتأكد من أنك تكتب هذا الاقتراح باختصار ، فإذا لم تستطع فأنت لست على استعداد للتفاوض . فإذا كان الطرف الآخر هو الذى تقدم باقتراح التفاوض فلابد من معرفة ما هى المشكلة أولاً ، وهذا يعنى أنه يجب فصل نية التفاوض عن أية نوايا أخرى تهدف فقط إلى إثارة الجدل . فإذا كان موضوع عملية التفاوض عملاً تجاريًا يستحسن طلب المراجعة المسبقة للاستعداد للتفاوض ، لأنه على أساس ماهو متوفر من معلومات يمكن أن تضع الهدف من المفاوضات مع الطرف الآخر .

-Gerard I. Nierenberg, op. cit., p. 89 .

(٢٢) Christian H. Godefroy & Luis Robert, op. cit., p . 54 .

(٢٣) Ibid. p. 69 .

(٢٤) William F. Fox, Jr. op. cit., p. 160 .

(٢٥) Mark K. Schoenfield & Rick M. Schoenfield, op. cit., p. 304-306 .

(٢٦) - Gerard I. Nierenberg op. cit., p. 54-55 .

(٢٧) George Fuller, op. cit., p. 130 .

(٢٨) George Fuller, op. cit., p. 94 .

(٢٩) Ibid, p. 24-25 .

(٣٠) Ibid, p. 28-29.

(٣١) Ibid, p. 3. and Gerard I. Nierenderg, op.cit., p. 97 .

(٣٢) Mark K. Schoenfield & Rick M. Schoenfield, op. cit., p. 117-118 .

(٣٣) George Fuller, op. cit., p. 157-159 .,

(٣٤) George Fuller op. cit., p. 35-36 .

(٣٥) Gerard I. Nierenberg, op. cit., p. 89 .

(٣٦) Mark K. Schoenfield & Rick M. Schoenfield, op. cit., p. 222-223.

-George Fuller, op. cit., p. 86-90 .

(٣٧) عند التفاوض مع أحد البنوك للحصول على قرض مثلاً لا بد وأن ينظر المفاوض فيما وراء موضوع التفاوض ويقوم بتقييم الاحتمالات والعلاقات المستقبلية طويلة المدى . فاختيار البنك للتعامل معه قد لا يعطى الاهتمام الكبير لأنه قد يتم اختيار البنك نظراً لقربه من موقع المفاوض أو لتوصية صديق أو لوجود علاقة شخصية مع أحد المسؤولين فيه . لذلك هناك العديد من الاعتبارات لا بد من النظر فيها مثل التأكد والتحقق من الملاءة المالية للبنك قبل البدء فى التعامل معه كما يستحسن إقامة علاقات مع المسؤولين فيه والتعرف عليهم ، بالإضافة إلى إعطاء البنك المعلومات الكافية عن المشروع التجارى وتقدم العمل فيه أو كل ما يحصل مستقبلا له وذلك لزيادة الثقة فى التعامل بين الأطراف .

- Arthur G. Pulis, III, op. cit., p. 13-14 .

(٣٨) Gerard I. Nierenberg, op. cit., p. 85 .

(٣٩) Gerard I. Niereenberg, op. cit., p. 201-202 .

(٤٠) Arthur G. Pulis, III, op. cit., p. 51-53 .

(٤١) Judith E. Fisher : Negotiating for Business Results, (Richard D. Irwin, Inc., 1994), P. 47- 48 .

(٤٢) Roger Fisher, William Ury & Bruce Patton : Getting To YES, Negotiating Agreement Without Giving In, (Penguin Books, USA Inc., 1991), p. 33.

(٤٣) George Fuller, op. cit p. 55 .

(٤٤) Judith E. Fisher, op. cit., p. 27 .

(٤٥) Gerard I. Nierenberg, op. cit., p. 27 .

(٤٦) George Fuller, op. cit., p. 105 .

(٤٧) Ibid, p. 38-39 .

(٤٨) Ibid, p. 43 .

(٤٩) Gerard I. Nierenberg, op. cit., p. 24 .

(٥٠) Christian H. Godefroy & Luis Robert, op. cit., p. 106-108 .

(٥١) هناك العديد من العقبات التى تعترض نجاح عملية التفاوض فى العقود التجارية الدولية . وأول وأهم هذه العقبات هو الدفاع عن السعر أو الثمن أو محاولة إقناع الطرف بمعقوليته . عندما تكون بائعًا لسلعة ما مثلاً ، فإن الطرف الآخر سوف يعتقد أن السعر الذى تتقدم به أو تقترحه هو سعر عال جداً ، وفى حالات نادرة قد يعتقد الطرف الآخر أن السعر أقل من المعقول مما يدفع المشترى إلى التفكير فى أن هناك شيئًا ما غير طبيعى حول المبيع . وفى كثير من المفاوضات نجد أن السعر هو الموضوع الرئيسي للتفاوض ، ولكن عندما لايكون السعر هو الموضوع المهم أو أنه عنصر غير مهم فى التفاوض فيجب أن يتم الاهتمام بكل شرط أو فقرة من فقرات وشروط العقد المقترح بما فى ذلك شرط السعر . إضافة إلى ذلك يجب أن تعرف كمفاوض متى تقول لا ؟ خلال عملية التفاوض وكيف تجيب على التكتيكات التى يتبعها الطرف الآخر . ومهما يكن الاعتقاد بأن السعر الذى قدمه سعر معقول فإن الطرف الآخر يعتقد بأن هناك تضخميًا له ، وعليه فعندما تريد التفاوض على السعر الأعلى فإن أول شئ يجب توضيحه هو إستراتيجية التسعير التى تقدمها إن كنت بائعًا . بمعنى أخر توضيح ما هو الأساس الذى اعتمدت عليه فى وضع هذا السعر لهذه السلعة .. إلخ ، والسبب المقنع لارتفاع أسعار غيرك من المنافسين لك مثل النوعية مثلا أو خدمات ما بعد البيع .

- George Fuller, op. cit., p. 78 .

(٥٢) Mark K. Schoenfield & Rick M. Schoenfield, op. cit., p. 29-30 .

(٥٣) Christian H. Godefroy & Luis Robert, op. cit., p. 110-118 .

(٥٤) Mark K. Schoenfield & Rick M. Schoenfield, op. cit., p. 36-42 .

(٥٥) Ibid, p. 46-49 .

(٥٦) George Fuller, op. cit., p. 146-147 .

(٥٧) George Fuller, op. cit., p. 259 .

الباب

الثالث

المراحل النهائية لتكوين

العقد التجارى الدولى

من القواعد الأساسية المقررة فى القانون أن الواقعة القانونية هى مصدر الحقوق جميعًا . وهى إما أن تكون تصرفًا قانونيًا أو واقعة مادية [١] ، يستوى فى ذلك الفقه الإسلامى والقانون الوضعى [٢] . وهذا التصرف القانونى - على اختلاف صوره وتباينها - عمل من أعمال الإرادة عندما تتجه لإحداث أثر قانونى [٣] معين لا يحرِّمه القانون . والعقد قد يكون تجارياً وقد يكون مدنياً . والعقد التجارى ، كالعقد المدنى ، تصرف قانونى من عمل الإرادة التى تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين ، ولكن تخصيص العقود التجارية بنظام معين فرضته طبيعة المعاملات التجارية وما تتطلبه من مرونة فى إبرامها وتسهيل الإجراءات الخاصة بانعقادها [٤] .

والعقد أيًا كان نوعه - تجاريًا أو مدنيًا - يعتبر أهم تصرف قانونى من الناحية العملية ؛ لأنه يقوم على توافق إرادتين لإحداث أثر قانونى معين . وهذا التصرف القانونى يقوم على مبدأ سلطان الإرادة المقرر فى القانون [٥] ، وفى الشريعة الإسلامية وفقًا لنص الآية الكريمة { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود } [٦] . والحديث الشريف فى قوله صلى الله عليه وسلم : (المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً) [٧] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (لا أمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له) [٨] .

ويعرَّف العقد فى الشريعة الإسلامية بأنه (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه) [٩] ، كما نصت المادة (١٠٣) من مجلة الأحكام العدلية على أن «العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرًا ، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول» .

وفى القانون الأنجلوسكسونى يُعرَّف العقد بأنه " وعد أو مجموعة وعود ، نكْث أى منها يعاقب عليه القانون ، أو أن تنفيذه يعتبر بطريق أو بآخر التزامًا لا بد منه" [١٠] . وهذا يعنى أن العقد تصرف قانونى من عمل الإرادة التى تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين . فهو التزام تعاقدى تم تبنيه وقبول تحمله بالاختيار والطوع بالمقابل للالتزام الذى يفرضه القانون على الشخص دون أن يكون للإرادة دور فى إحداثه [١١] .

وحيث إن العقود التجارية الدولية تجتاز حدود كل دولة نظراً لعالميتها ، فقد ينشأ كثير من المشكلات والتعقيدات لرجل الأعمال أو مستشاره القانونى الذى يخطط لصياغة مثل هذه العقود ، التى لا وجود لها لو كان العقد داخلياً. مثال ذلك القانون الذى يحكم العقد أو طريقة الدفع والضمان ، إلى غير ذلك من المشاكل التى يتوقع نشوؤها ، ويجب أخذها بعين الاعتبار عند صياغة العقد مبدئياً.

وسوف نبين فى هذا الباب الأساسيات التى يقوم عليها قانون العقود للقراء الذين ليست لديهم معرفة كاملة بمبادئ قانون العقود ، مما يستلزم منا أن نبحث فى تكوين العقد وشروط انعقاده وأركانه ، بالإضافة إلى دراسة العقود النمطية . وسوف يتم هذا من خلال فصلين :

الفصل الأول : تكوين العقد التجارى وآثاره.

الفصل الثانى : العقود النمطية .

الهوامش

(١) د. عبدالمنعم فرج الصده : نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر (١٩٩٠م) ، ص (٨٤) ؛ وانظر أيضًا : د. عبدالرزاق السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، دار إحياء التراث العربى - بيروت ، لبنان (١٩٥٣-١٩٥٤م) ، الجزء الأول ، ص (٦٩) .

(٢) د. عبدالرزاق السنهورى ، مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص (٦٩) .

(٣) د. عبدالرزاق السنهورى ، مرجع سابق ، ص (٦٦) ؛ وانظر أيضًا د. عبدالمنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص (٨٩) .

(٤) انظر على وجه العموم د. مراد منير فهيم ، القانون التجارى : العقود التجارية وعمليات البنوك ، منشأة المعارف بالإسكندرية (١٩٨٢م) ، ص ص (٩-١٢) ؛ و د. على البارودى : العقود وعمليات البنوك التجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية (١٩٨٤م) ، ص (٥-٦) .

(٥) يعتبر مبدأ سلطان الإرادة فى التصرفات القانونية من المبادئ الأساسية فى القانون ، كما أنه مقرر فى الشريعة الإسلامية التى عرفته منذ بدء وجودها . وهو يعنى قيام الشخص بالتصرف القانونى ، والتعبير عن إرادته المنفردة واختياره دون ضغوط خارجية عليه . وهذا التعبير عن الإرادة قد يكون بأى صورة من صور التصرف سواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة ، كما أنه قد يكون ضمنيًا بالسكوت المعبر عن الرضا . انظر على العموم د. عبدالرزاق السنهورى ، مرجع سابق ص (٤١) ؛ وانظر أيضًا د. عبدالمنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص ص (٩٠-٩٣) .

(٦) سورة المائدة ، الآية رقم (١) .

(٧) رواه أبو داود وابن ماجه فى سننهما .

(٨) رواه أحمد بن حنبل فى مسنده .

(٩) د. عبدالرزاق السنهورى ، مرجع سابق ص (٧٣) .

(١٠) Williston on Contracts # 1 (3d Ed. 1957).

- John Parris : Making Commercial Contracts, (BSP Professional Books, 1988)., p. 1-18 .

(١١) د. عبدالمنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص (١٠١-١٠٣) .

الفصل الأول

تكوين العقد التجارى وآثاره

العقد التجارى الدولى كغيره من العقود يتكون بتوافر أركانه وشروط صحته حتى يمكن أن يكون ملزمًا ليرتب آثاره القانونية . وهذه الأركان هى نفسها أركان التصرف القانونى بوجه عام [(١)] ، لذلك فإنه ينعقد بتراضى الطرفين وإرادتهم التى تعتبر قوام العقد وشرطًا لصحته [(٢)] .

والتعبير عن هذه الإرادة لا بد أن يتطابق تطابقًا تامًا على محل العقد . وهذا التعبير قد يكون إيجابًا وقد يكون قبولاً . أما محل العقد – وهو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه وسببه ، كالشىء المبيع فى عقد البيع – فقد اختلف الفقهاء فى القانون الوضعى حوله ، فمنهم من يراه من عناصر الإرادة [(٣)] ، ومنهم من يراه غير ذلك [(٤)]. ولكن من الضرورى أن يكون محل العقد وسببه مشروعين فى البلدين وإلا فإن العقد يعتبر غير شرعى فى البلد الذى يعتبر محله محرمًا قانونًا ، ولا يمكن تنفيذه فيه وفق ما تراضى عليه المتعاقدان [(٥)] .

وهذا يعنى أنه ما لم يكن هناك قانون آخر يجعل العقد أو جزءًا منه غير شرعى ، فللأطراف الحرية فى عقد أى عقد يرغبونه ، وهو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة Party Autonomy ، أو حرية التعاقد Freedom of Contract [(٦)] ، وهذا يشكل فى كثير من الأحيان بعض المشاكل فى العقود التجارية الدولية عند الصياغة ؛ لأنه من المستحيل صياغة عقد تجارى دون معرفة مسبقة بمحل العقد وموضوعه لجعله صحيحًا وقابلاً للتنفيذ .

ونحن هنا لن نتعرض إلى كافة أركان العقد التجارى لكثرتها وتوافقها مع تلك اللازمة للعقد المدنى مثل : المحل والسبب والأهلية والرضا [(٧)] ، وإنما سوف نناقش الإيجاب وشروطه ، والقبول وصوره فقط .

المبحث الأول

مفهوم الإيجاب وآثاره

الإيجاب في اللغة معناه : الإثبات [٨] ، وفي الاصطلاح : يرى الحنفية أنه" ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين دال على رضاه بالعقد[٩] . وعند جمهور الفقهاء " هو الصادر ممن يكون منه التمليك" [١٠] .

ولا شك في أن تعريف الحنفية أكثر دقة وأسهل في التمييز بين الإيجاب والقبول ، وهو ما يذهب إليه شراح القانون لأنه واضح الدلالة على المراد[١١] .

أما الإيجاب في القانون الوضعي Offer فهو " التعبير الباتّ عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه" [١٢] . وبناء على ذلك فالعقد ينعقد بمجرد قبول الإيجاب الصادر من الطرف الآخر .

ولكن الأمر يختلف في العقود التجارية الدولية ، لأن لمفهوم الإيجاب وضعية خاصة . فالعقود الدولية في الغالب تتم عن طريق المراسلة [١٣] الأمر ، وليس مجرد الدعوة إلى الدخول في التفاوض حول عقد معين تكون إيجابًا ينعقد العقد بمجرد قبولها [١٤] .

فالتعبير عن الإرادة بالتعاقد عن طريق العرض يعتبر مرحلة أولى من مراحل الإيجاب . فمثلاً عندما يطرح مشروع معين للمناقصة ثم يتم شراء كراسة الشروط من قبل المتنافسين ، إن كان مشروعًا - أو أن يعرض المشترى شراء بضاعة معينة من شركة ما ويقوم بطلب هذه البضاعة بأى وسيلة كانت ، فيكون هذا الطلب هو المرحلة الأولى ومجرد خطوة للدخول في المفاوضات عند قبوله من الطرف الآخر ، ويصل مرحلة الإيجاب إذا تم الاتفاق بين الأطراف على شروط التعاقد التى تُعدُّ التعبير الحقيقى عن الإرادة ، ومن ثم ينعقد العقد[١٥].

والتعبير عن الإرادة قد يكون صريحًا ظاهرًا أو ضمنيًا . والتعبير عن إرادة صريحة وظاهره هو ما يؤخذ به في الفقه الإسلامى [١٦] . أما في القانون الوضعى فقد يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا ، كما هو الحال في القانون الأمريكى الذى يجعل من

تصرف الشخص أو ما صدر عنه من قول أو فعل برضاه أو سكوته عن أمر ما أو قبوله به صراحة أو ضمنًا ملزمًا له وحجة عليه لا يجوز له نقضه أو إنكاره ، وهو ما يعرف بمبدأ Promissory Estoppel .[١٧]

ولكن الأمر يختلف بالنسبة للعقود التجارية الدولية ، فالإيجاب فى العقود الدولية هو حصيلة المفاوضات بين الأطراف ومن ثم قبول صاحب العرض بكافة الشروط التى أسفرت عنها المفاوضات حتى يمكن أن يصل عرضه إلى مرحلة الإيجاب النهائى ، وهذا ما يذهب إليه قانون البيوع الدولى للبضائع حيث يعتبر الإيجاب "عرضًا لإبرام عقد" [١٨] .

لذا فالعرض الموجه عن طريق الإعلانات لا يعتبر إيجابًا ينعقد العقد بمجرد قبوله ، وإنما دعوة لإبرام عقد . وهذا يختلف كثيرًا عما تنص عليه القوانين فى بعض الدول . فمثلاً ، فى بريطانيا قد ينعقد العقد بمجرد قبول العرض الموجه عن طريق الإعلانات إلى العامة [١٩] ، إذا تم تنفيذ كافة الشروط المنصوص عليها فى الإعلان ، وعكس ذلك فى القانون الفرنسى الذى يرى أن الإيجاب عن طريق الإعلان لا يمكن أن يماثل الإيجاب الموجه إلى شخص بعينه ، وإنما يعتبر دعوة لمن يرغب فى التعاقد [٢٠] .

وهذا يعنى أن الفرق بين الإيجاب الكامل والدعوة لإنشاء علاقة تعاقدية هو أن الإيجاب يجب أن يتضمن كل العناصر الضرورية لإنشاء اتفاق ملزم قانونًا . وهو ما أشارت إليه المادة (١٤) من اتفاقية فينا للبيع الدولى للبضائع [٢١] .

من ذلك نستطيع أن نستشف العناصر الضرورية للإيجاب الكامل فى العقود الدولية ، وهو ما سوف نبحثه فيما يلى :

الفرع الأول - شروط الإيجاب :

١- أن يكون الإيجاب موجهًا إلى أشخاص معينين ومحددين سواء أكان هذا الشخص معنويًا أم طبيعيًا.

٢- أن يكون الإيجاب محدداً بشكل نافٍ للجهالة بحيث يوضح قصد الموجب إلى الالتزام به حال قبوله . وهذا التحديد يكون بتحديد موضوع العقد أو البضاعة محل العقد ، وتحديد الثمن سواء صراحة أو ضمنًا بوضع معايير أو بيانات يمكن بموجبها تحديده .

٣- عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر له (٢٢) .

وفى الشريعة الإسلامية يرى مذهب الجمهور أنه ليس هناك التزام شرعى على الراجع فى إيجابه ما دام رجوعه لم يلحق ضرراً بالطرف الآخر ، لأن من حقه أن يرجع فى إيجابه (٢٣) ، بخلاف ما عليه مذهب المالكية الذى يفرق بين الإيجاب فى عقود المعاوضات حيث أجاز الرجوع إلا إذا كانت هذه العقود قد تمت بصيغة الماضى فإن الموجب ملزم بإيجابه ، مثلها مثل عقود التبرع التى لا يجوز للموجب فيها الرجوع فى إيجابه حتى يقبل به الطرف الآخر أو يرفضه (٢٤) . وحتى يحدث الإيجاب أثره لابد أن يصل إلى علم الموجه إليه سواء كان بالسماع إذا اتحد المجلس أو الكتابة إذا لم يتحد المجلس (٢٥) ، وهو الغالب فى العقود التجارية الدولية . فإذا وصل الكتاب المتضمن العرض من الموجب إلى المرسل إليه ، وأقَر وقبل ما فيه فى مجلس وصول الخطاب إليه ، فإن العقد ينعقد بقبوله ، وله الخيار فى مجلسه هذا أن يرفض العرض (٢٦) .

ويعتبر مجلس قراءة الكتاب امتداداً لمجلس الموجب ومن ضمن مجلس العقد المنصوص عليه فى الفقه الإسلامى ، لأن خيار المجلس " ... لا يبدأ من صدور الإيجاب بل من لحاق القبول به مطابقًا له ... " (٢٧) ، ولأن " مجلس العقد هو الوحدة الزمنية التى تبدأ من وقت صدور الإيجاب ، وتستمر طوال المدة التى يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد ..." (٢٨) . والهدف من ذلك هو أن يكون بين القبول والإيجاب مدة كافية .

ولكن ما هو الحال إذا ألغى الموجب إيجابه ، فهل يعتبر الإيجاب قائمًا أم لا ؟. هذا ما سوف نتحدث عنه فيما يلى :

الفرع الثانى - مدة سريان الإيجاب :

عرفنا أن أغلب العقود التجارية الدولية لا تبرم بمجرد إيجاب وقبول فوريين ، وإنما تسبقها مرحلة المفاوضات التى تمهد للعقد ، وتبدأ بدعوة يوجهها أحد المتعاقدين إلى الآخر للدخول معه فى مفاوضات بشأن عقد معين مثل عقود الإنشاءات والشحن ونقل التقنية .

أما فى بعض عقود بيع البضائع فنجد أن هناك عقوداً تتم بمجرد إرسال طلب بضاعة معينة لمعرفة التاجر بها مثلاً أو لسبق تعامله فيها ؛ نظرا لأنه ليس بحاجة لأن يدخل فى مفاوضات أخرى ، وإنما يطلب من شركة أو شخص فى دولة أخرى أن يرسل له هذه السلعة بالثمن المعلن عنه من قبل البائع أو بسعر تم الاتفاق عليه مسبقًا فى مثل هذه الحالات .

ولكن نظراً للتباعد بين مُصْدِر الإيجاب والمُرْسَل إليه لوجودهما فى أقطار مختلفة ، فقد يأخذ الإيجاب مدة من الزمن ليصل إلى علم المُرْسَل إليه ، كما قد يأخذ القبول لهذا الإيجاب أيضًا مدة أخرى ليصل إلى علم الموجب ، مما يجعلنا نبحث عن زمان ومكان انعقاد العقد ، وهل ينعقد العقد من لحظة وضع الإيجاب فى صندوق البريد أو من لحظة استلامه من قبل المرسل إليه ، لأن معرفة ذلك ضرورى لتحديد مكان انعقاد العقد . والقانون الواجب التطبيق ، وحل التنازع بين القوانين فيما لو أخلّ أحد المتعاقدين بالتزامه بالتنفيذ وفقًا للشروط المنصوص عليها فى العقد ، ولم يتم تحديد هذا القانون فى العقد أصلاً أو أن قانون مكان انعقاد العقد هو الذى يحكم النزاع الذى قد ينشأ عن تنفيذ العقد[٢٩] .

فبمجرد قبول البائع لطلب المشترى إرسال البضاعة ينعقد العقد قانونًا ، ما لم يكن موضوع المبيع غير شرعى أو غير مصرح به قانونًا . ومن حق الموجب إلغاء الإيجاب أو تعديله ما دام لم يصل إلى المرسل إليه [٣٠] ، أو إلغاؤه عندما يحتفظ بحقه فى الإلغاء بصرف النظر عن وصوله إلى المرسل إليه ، شريطة أن يكون الإلغاء قد تم قبل انعقاد العقد بقبوله من المرسل إليه [٣١] ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٥) من قانون البيع الدولى للبضائع حيث قضت بأنه : " يجوز سحب الإيجاب ، ولو كان غير قابل للرجوع عنه ، إذا وصل سحب الإيجاب إلى المخاطب قبل وصول الإيجاب أو فى وقت وصوله" .

كما قضت المادة (١٦) بالآتى :

"١- يجوز الرجوع عن الإيجاب لحين انعقاد العقد إذا وصل الرجوع عن الإيجاب إلى المخاطب قبل أن يكون هذا الأخير قد أرسل قبوله" .

وبهذا يمكن أن نقول إنه نظراً لأن الإيجاب فى العقود التجارية الدولية يبدأ من مرحلة العرض عند إصدار الدعوة إلى التفاوض ، فلا بد من معرفة متى تم الرجوع عن الإيجاب فى هذه المراحل ؟ وهل وصلت المفاوضات إلى المراحل النهائية وتمت صياغة إيجاب محدد فى خطاب النية بالتعاقد أم لا ؟.

ففى القانون المدنى (Civil Law) ليس هناك نص يعطى الموجب حق الرجوع عن إيجابه ، إلا أن الفقه والقضاء ذهبا إلى أنه من حق الموجب العدول عن إيجابه شريطة ألا يكون هذا الإيجاب قد اقترن بمدة يصدر خلالها قبول ، فإذا اقترن بقبول فيلتزم بالبقاء على إيجابه المدة التى يحددها صراحة للقبول أو يقضى بها العرف [٣٢] .

أما فى القانون العام (Common Law) فيجوز إلغاء الإيجاب فى أى وقت حتى ولو حدد الموجب فى إيجابه مدة معينة لبقائه قائماً . ويحدث الإلغاء أثره بمجرد معرفة الطرف الآخر بذلك حقيقة وليس عن طريق طرف ثالث [٣٣] . ولكن لا يعنى هذا تحلل الموجب من المسئولية فيما إذا سحب إيجابه فى الفترة التى يكون العرض فيها قائماً . فالموجب إذا حدث منه ذلك ، يفرض عليه القانون مسئولية تقصيرية عند إلغاء الإيجاب عن الخطأ والضرر الناتج عن هذا الخطأ ، والذى ينشئ التزاماً بالتعويض الذى يشمل كل الخسارة الناشئة التى تحملها الطرف الموجه إليه الإيجاب ، مثل ضياع الوقت الذى صرفه فى تحليله للإيجاب ، وتكاليف الدراسة التى قام بها لتقويم العرض ، والخسارة التى تحملها فى أسفاره فيما يختص بذلك [٣٤] .

المبحث الثاني

القبول وصدوره

القبول عند جمهور الفقهاء «هو ما صدر ممن يصير إليه الملك دالاً على رضاه بما أوجبه الطرف الآخر» [٣٥] . وعند الحنفية "هو ما صدر ثانيًا من أحد المتعاقدين جوابًا للأول" [٣٦] . وفى القانون الوضعى "هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذى وجه إليه الإيجاب" [٣٧] .

وبناء على ذلك فالقبول فى العقود التجارية الدولية يكون " هو التعبير عن رضا من وجه إليه الإيجاب (المخاطب) بإبرام العقد بالشروط التى عينها المُوجِب والتى تكون عادة ثمرة المفاوضات التمهيدية " [٣٨] ، وبهذا يشترط أن يكون القبول صادرًا ممن وجه إليه الإيجاب بقبول الإيجاب كما هو صادر من المُوجِب فى الوقت المحدد دون زيادة أو نقص، لذلك فلا بد من مطابقة القبول للإيجاب على محل العقد وأن يكون موافقًا له ، فهو " أن يكون القبول موافقًا للإيجاب ، بأن يقبل المشترى ما أوجبه البائع وبما أوجبه . فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد العقد من غير إيجاب مبتدأ موافق" [٣٩] .

كما يكون القبول بعمل عمل معين كإرسال ثمن المبيع أو شحن البضاعة المبيعة حيث يعتبر قبولاً كل تصرف يدل على القبول [٤٠] ، وهذا التصرف الضمنى يأخذ به قانون بيع البضائع الدولى حيث نص فى المادة (١٨) الفقرة (١) منه على ما يلى :

"يعتبر قبولاً أى بيان أو أى تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب ." ونص فى الفقرة (٣) منه على أنه " .. إذا جاز ، بمقتضى الإيجاب أو التعامل الجارى بين الطرفين أو الأعراف ، أن يعلن المخاطب الذى عرض عليه الإيجاب ، عن قبوله بالقيام بتصرف ما ، كالذى يتعلق بإرسال البضائع أو تسديد الثمن دون إخطار الموجب ، عندئذ يكون القبول نافذًا فى اللحظة التى تم فيها التصرف المذكور ، بشرط أن يجرى ذلك خلال المدة التي اشترطها الإيجاب .

وشرط تطابق القبول مع الإيجاب هذا يعتبر شرطًا أساسيًا ، وإلا فإن العقد لا ينعقد إذا تم القبول مع تعديل على الإيجاب ؛ لأن ذلك يعتبر رفضًا للإيجاب [٤١] وهذا ما يذهب إليه قانون البيع الدولى للبضائع الذى ينص على أنه :

"إذا انصرف الرد على الإيجاب إلى القبول ولكنه تضمن إضافات أو تحديدات أو تعديلات ، يعتبر رفضًا للإيجاب ويشكل إيجابًا مقابلاً" [٤٢] ، وما لم يكن هذا التعديل تعديلاً شكليًا ، فإنه لا يؤدى إلى تغيير أساسى للإيجاب، وهذا ما ذهب إليه القانون الأمريكى الموحد[٤٣] .

ويشترط أيضًا عدم تغيير حال المبيع وقت القبول الذى ورد عليه الإيجاب ، فلو كان محل المبيع عصيرًا حال الإيجاب ، وعند قبول المشترى تغير إلى خل ، فإن محل المبيع والعقد غير مطابق لما تم الإيجاب عليه ومن ثم لا ينعقد العقد ، ولا يختلف الفقه الغربى فى ذلك عما ورد فى الفقه الإسلامى حول هذه المسألة [٤٤] .

كما أن القابل بالخيار فى قبول الإيجاب أو رفضه ، ويسمى هذا خيار القبول، لقوله صلى الله عليه وسلم " المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا عن بيعهما". وهذا الخيار هنا هو خيار القبول [٤٥] . ويتفق أيضًا فى ذلك الفقه الوضعى مع الفقه الإسلامى فى أنه لمن وجه إليه الإيجاب الحرية فى القبول أو الرفض [٤٦] .

كذلك يشترط أن يكون القبول خلال المدة المحددة فى الإيجاب ، إن كانت هناك مدة محددة لقبوله ، وإلا فخلال مدة معقولة يتم تقديرها وفقًا للظروف التى تمت فيها صفقة البيع ، والأعراف ، والعادات المرعية ، والوسيلة المستخدمة من قبل الموجب لإيصال إيجابه [٤٧] .

ولكن تختلف النظم القانونية فى الفترة التى يبدأ فيها سريان المدة ، فقانون البيوع الدولى للبضائع قضى بأن :

« يبدأ سريان المدة التى يحددها الموجب للقبول فى برقية أو رسالة من لحظة تسليم البرقية للإرسال أو من التاريخ المبين بالرسالة ، أو إذا لم يكن التاريخ مبينًا بها فمن التاريخ المبين على الغلاف . ويبدأ سريان المدة التى يحددها الموجب للقبول بواسطة

الهاتف أو التلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفورى لحظة وصول الإيجاب للمخاطب" (٤٨) .

وتدخل العطل الرسمية أو أيام عطلة العمل الواقعة أثناء سريان مدة القبول فى حساب تلك المدة . كما يحدث القبول المتأخر أثره إذا قام الموجب بإبلاغ المخاطب شفويًا بذلك (٤٩) .

هذا "... ويجوز سحب القبول إذا وصل السحب إلى الموجب قبل الوقت الذى يحدث فيه القبول أثره أو فى نفس الوقت"، (٥٠) أما العقد فينعقد فى اللحظة التى يحدث فيها قبول الإيجاب أثره وفقًا لأحكام هذه الاتفاقية" (٥١) .

والقبول فى أغلب القوانين الداخلية لا يكون نافذًا إلا بعد استلامه من قبل البائع . أما فى القانون البريطانى فيعتبر القبول واصلاً بمجرد وضعه فى صندوق البريد أو إرساله قبل أن يستلم القابل لأى رفض للإيجاب ، ومن ثم ينعقد العقد بمجرد إرساله ، وهو ما يسمى بـ Mail Box Rule ، بعكس ما هو فى القانون الفيدرالى الأمريكى UCC حيث الصورة غير واضحة لأن هناك غموضًا حول هذا الموضوع (٥٢) .

فعلى رجل الأعمال أن يكيّف تصرفاته بما يتناسب مع مثل هذه القواعد ، ويكون حذرًا عن طريق التبصر فيما يقوم به عند صياغة طلباته للشراء أو الإجابة عن طلبات بالشراء ، مما يعنى أخذ الحيطة عند صياغة مثل هذه العقود .

الهوامش

(١) د . محمد حسن الجبر : العقود التجارية وعمليات البنوك فى المملكة العربية السعودية ، منشورات عمادة شؤون المكتبات ، جامعة الملك سعود ، الرياض ١٤٠٤هـ ، ص ص (٥، ٦) .

(٢) الرضائية فى العقود التجارية الدولية باعتبارها أحد التصرفات القانونية ، هى أحد شطرى مبدأ سلطان الإرادة ، وهى كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانونى ، ويرد عليها بعض القيود الآتية من الشكلية التى يقررها القانون بالنسبة إلى بعض التصرفات ، مثل قواعد الشهر المقررة فى القانون ، والقواعد المتعلقة بالإثبات . والشطر الثانى هو قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف القانونى . كما ترد عليها بعض القيود مثل قيد النظام العام والآداب فى القانون الوضعى وفى الشريعة الإسلامية ، وهو مايعرف بحق الله ، وهو كل ما يتعلق به النفع العام ، ودائرته أوسع فى الشريعة الإسلامية مما هو مقرر فى القانون الوضعى . د. عبدالمنعم فرج الصده ، الجزء الأول ، مرجع سابق ، ص (٩٨) .

(٣) د. عبدالمنعم فرج الصده ، الجزء الأول ، مرجع سابق ، ص ص (١٤٣،١٤٤) .

(٤) د. عبدالرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج (١) ، فقرة (٦٨) ، ص (١٧٠) ، دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة ١٩٥٢م.

(٥) د. عبدالرزاق السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، مرجع سابق ، ج (٣) ، ص ص (٧٩-١٠٠) .

(٦) William F. Fox ,. Jr., op. cit., p. 50 .

(٧) د. حمزة حداد ، مرجع سابق ، ص (٩٥) .

(٨) المعجم العربى الأساسى ، ص (١٢٩٠) ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، ١٩٨٩م .

(٩) الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء ، مرجع سابق ، ص (٣١٨) ؛ و د. عدنان خالد التركمانى : ضوابط العقد فى الفقه الإسلامى ، دار الشروق - جدة ، ١٤٠١هـ ، ص (٣٣) ؛ وانظر أيضًا الشيخ محمد بن عبدالواحد السيواسى المعروف بابن الهمام الحنفى : فتح القدير ، الجزء الخامس ، ص (٧٤) ، المطبعة الكبرى الأميرية بمصر ، ١٣١٦هـ .

(١٠) شيخ الإسلام موفق الدين بن قدامة المقدسى : الكافى فى فقه الإمام أحمد بن حنبل ، الجزء الثانى ، ص (٣) ، المكتب الإسلامى للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان الطبعة الثالثة ، ١٤٠٢م ، الشيخ محيى الدين بن شرف النووى ، المتوفى سنة ٦٧٦هـ : المجموع شرح المهذب ، الجزء (٩) ، ص (١٦٦) ، الناشر زكريا على يونس ، مطبعة العاصمة - القاهرة (بدون تاريخ) ، الشيخ

منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، المتوفى سنة ١٠٥١هـ : كشاف القناع عن متن الإقناع ، الجزء الثالث ، ص (١٤٦) ، مطبعة الحكومة بمكة المكرمة ١٣٩٤هـ ، طبع ووزع بأمر من جلالة الملك فيصل يرحمه الله ، د. عدنان التركمانى ، مرجع سابق ، ص (٣٣) .

(١١) د. عدنان خالد التركمانى ، مرجع سابق ، ص (٣٣) ، د. عبدالحميد محمود البعلى : ضوابط العقد : دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى موازنة بالقانون الوضعى وفقهه ، ص (٨٨) ، الناشر مكتبة وهبة ، القاهرة ١٩٨٩م.

(١٢) د. عبدالمنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص (٢١٠) .

(١٣) د. محسن شفيق ، مرجع سابق ، ص ص (٩٢-٩٥) ، انظر أيضا د. حمزة حداد ، مرجع سابق ، ص (١١٠) .

(١٤) د. عبدالمنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص (٢٢٥) .

(١٥) انظر فى تفصيل الأدوار التى يمر عليها الإيجاب منذ صدوره حتى القبول به وانعقاد العقد الأستاذ الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهورى ، شرح القانون المدنى ، النظرية العامة لالتزامات : نظرية العقد ، ص ص (٢٣٨-٢٦٨) ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت ، تم طبعه بمطبعة دار الكتب المصرية ١٣٥٢هـ - ١٩٣٤م .

(١٦) د. عبدالمنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص ص (١٥٤- ١٥٦) .

(١٧) John Tillotson : Contract Law in Perspective, p. 81-88, (2nd Ed. Butterworths, 1985).

(١٨) انظر نص المادة (١٤) من قانون البيوع الدولى للبضائع التى تقضى بما يلى :

- يعتبر إيجاباً أى عرض لإبرام عقد إذا كان موجهًا إلى شخص أو عدة أشخاص معينين ، وكان محدداً بشكل كاف وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به فى حالة القبول . ويكون العرض محدداً بشكل كاف إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمنًا تحديداً للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها .

- ولا يعتبر العرض الذى يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة إلى الإيجاب ما لم يكن الشخص الذى صدر عنه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك .

(١٩) انظر فى هذا الخصوص القضية المشهورة Carlill V. Carbolic Smoke Ball Co. (1893, C. A.) ، والتى تتلخص وقائعها فى قيام أحد المنتجين لنوع من الأدوية المسماة The Carbolic Smoke Ball بالإعلان فى إحدى الصحف عن هذا النوع من الدواء لعلاج الإنفلونزا ووعد بجائزة مقدارها مائة جنية إسترلينى لأى شخص تأتيه الإنفلونزا بعد أن يشم هذا الدواء

لمدة معنية . وأشار فى الإعلان أنه وضع مبلغ ألف جنيه إسترلينى فى البنك الذى تتعامل معه الشركة المنتجة لهذا الدواء لإثبات مصداقيتها أمام العامة . بعد أن قامت السيدة / Carlill بشراء الدواء واستعماله المدة المحددة فى الإعلان وبالطريقة المعلنة ولم تشعر بأى تحسن بل أصابتها الأنفلونزا بعد أن صرفت مئة جنيه إسترلينى وتقدمت بشكوى ضد الشركة المنتجة للدواء والمعلنة عنه وحكمت محكمة الاستئناف لصالحها وكسبت القضية .

- F. R. Davies : Contract Law - Fifth Edition , (Sweet & Maxwell. (1986), p. 10 .

(٢٠) Barry Nicholas, op. cil., p. (59-63).

(٢١) انظر المادة (١٤) من قانون البيوع الدولى للبضائع .

(٢٢) د. حمزة حداد ، مرجع سابق ص (١٠٩-١١٩) ، وانظر أيضًا ، د. عدنان خالد التركمانى مرجع سابق ، ص ص (٣٤ - ٤٧) .

(٢٣) الشيخ موفق الدين بن قدامة المقدسى : المغنى والشرح الكبير ، الجزء الرابع ، ص (٣) ، الطبعة الثانية ١٣٤٧هـ - مطبعة المنار بمصر ؛ والشيخ محمد بن أحمد بن رشد القرطبى الأندلسى الشهير بابن رشد الحفيد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثانى ، ص (١٢٨) ، دار الفكر ، طبع بالتصوير عن طبعة المرحرم محمد أمين الخانجى المأخوذة عن النسخة المولوية (بدون تاريخ) .

(٢٤) الشيخ ابن جزى الكلبى : الفقه على المذاهب الأربعة ، المكتبة التجارية الكبرى ، الجزء (٢) ، ص (١٥٧) والشيخ محمد عرفة الدسوقى : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، المكتبة التجارية الكبرى ، الجزء (٣) ، ص (٤) ، والدكتور عدنان خالد التركمانى ، مرجع سابق ، ص (٤١) .

(٢٥) د. عدنان خالد التركمانى ، مرجع سابق ، ص (٤٤) ، د. عبدالمنعم فرج الصده : نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، مرجع سابق ، الجزء الأول ، ص ص (١٩٤-٢٠١) . الشيخ ابن جزى الكلبى : الفقه على المذاهب الأربعة ، المكتبة التجارية الكبرى ، الجزء (٢) ، ص (١٦٠) ، د. عبدالسلام التونجى : التعاقد بين الغائبين ، المنشأة العامة للنشر ، طرابلس - ليبيا ، ص ص (٨١-٩٠) .

(٢٦) د. عدنان خالد التركمانى ، مرجع سابق ، ص (٦١) .

(٢٧) د. عبدالستار أبو غدة : الخيار وأثره فى العقود ، مطبعة مقهوى - الكويت ، الطبعة الثانية (١٤٠٥) ، الجزء الأول ، ص (١١٩) .

(٢٨) د. عبدالستار أو غدة ، مرجع سابق ، ص (١١٨) . والغرض من نظرية مجلس العقد ... «هو تحديد المدة التى يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب ، حتى يتمكن من عُرض عليه الإيجاب من

المتعاقدين أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه . ولو اشترطنا أن يكون القبول فوراً لتضرر المتعاقد الآخر ، إذ لا يتهيأ له وقت للتدبر ، وهى نظرية لم تعالج فى الفقه الغربى وإنما الفقه الإسلامى صاغ لها نظرية مجلس العقد» ، د. عبدالرزاق السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، مرجع سابق ، جزء (٢) ، ص (٦) .

(٢٩) د. محسن شفيق ، مرجع سابق ، ص ص (١٠٤-١١٦) . د. حمزة حداد ، مرجع سابق ، ص ص (١٣٣-١٣٤) .

(٣٠) د. محسن شفيق ، مرجع سابق ، ص ص (٩٨-١٠٢) . وانظر أيضًا د. عبدالمنعم فرج الصده : نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، مرجع سابق ، ج (١) ، ص ص (٢٢٦-٢٣٠) .

(٣١)
- P. Callens & G. Goeteyn, op. cit., p. 6.
- P. S. Atiyah : An Introduction to the Law of Contract , 2 Ed . 1971, p. 46.

(٣٢) د. عبدالرزاق السنهورى : نظرية العقد ، ص ص (٢٤٤-٢٤٦) ، وانظر أيضًا : د. عبدالمنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، ج (١) ، ص (٢٢٦) .

(٣٣) د. حمزة حداد ، مرجع سابق ، ص (١١٨) .

(٣٤) P. Callens & G. Goeteyn, op. cit., p. 7-8 .

(٣٥) د. عدنان خالد التركمانى ، مرجع سابق ، ص (٣٣) ، والشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتى : كشاف القناع عن متن الإقناع ، مكتبة الرياض الحديثة ، مراجعة وتعليق الشيخ هلال سيلمى مصطفى هلال ، الجزء الثالث ، ص (١٤٦) ؛ الشيخ أبو زكريا محيى الدين بن شرف النووى : المجموع شرح المهذب ، مطبعة التضامن الأخوى - القاهرة ، الجزء التاسع ، ص (١٦٦) .

(٣٦) الشيخ محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ، دار الفكر العربى ، ص (٢٠٢) . الشيخ مصطفى أحمد الزرقا : المدخل الفقهى العام ، دار الفكر - بيروت ، الطبعة التاسعة ، الجزء الأول ، ص (٣١٨) .

(٣٧) د. عبدالمنعم فرج الصده : نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، مرجع سابق ، ج (١) ، ص (٢٣٤) .

(٣٨) د. محسن شفيق ، مرجع سابق ص (١٠٤) .

(٣٩) الشيخ علاء الدين الكاسانى : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، الجزء الخامس ، ص ص (١٣٦-١٣٧) ، د. عبدالرزاق السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، الجزء الثانى ،

مرجع سابق ، ص ص (٤١-٤٤) ، د. عبدالمنعم فرج الصده : نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، مرجع سابق ، ج (١) ، ص (٢٣٧) .

(٤٠) د. محسن شفيق ، مرجع سابق ، ص (١٠٥) وانظر أيضًا، د. عبدالسلام التونجى ، مرجع سابق ، ص (٢٢٥) .

(٤١) د. محسن شفيق ، مرجع سابق ، ص (١٠٦) وانظر أيضًا ، د. حمزة حداد ، مرجع سابق ، ص ص (١٢٨-١٢٩) .

(٤٢) المادة (١٩) فقرة (١) من قانون البيع الدولى للبضائع .

(٤٣) فى القانون الأمريكى الموحد "The Uniform Commercial Code (UCC)" ما يعرف بمعركة الشكل "battle of the forms"(٢) (a) (b) من المادة (٢٠٧) تقضى بأن القبول الذى يختلف عما عرضه الموجب يمكن أن يكون قبولا إلا إذا كان العرض قد حدد أن القبول يجب أن يكون موافقًا تمامًا لما تم عرضه من قبل الموجب أو أن تكون نصوص القبول قد عدلت من العرض .

-William F. Fox , Jr., op. cit., p. 51 .

(٤٤) د. عبدالرزاق السنهورى ، مرجع سابق ، ج (٢) ، ص ص (٤٨-٤٩) ؛ الشيخ محمد أمين المعروف بابن عابدين ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج (٤) ، ص (٥٢٧) ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، مصر ١٣٨٦هـ / ١٩٦٦م ، الطبعة الثانية ، د. عبدالمنعم فرج الصده ، مرجع سابق ج (١) ، ص (٢٤٢) .

(٤٥) د. عبدالستار أبو غدة : الخيار وأثره فى العقود ، الجزء الأول ، مرجع سابق ، ص ص (١٨٧-١٨٨) ، الشيخ كمال الدين محمد بن عبدالوهاب السيواسى ، المعروف بابن الهمام الحنفى : شرح فتح القدير ، الجزء الخامس ، ص ص (٧٨-٨٢) ، المطبعة الكبرى الأميرية بمصر ١٣١٦هـ ، د. عبدالرزاق السنهورى ، مرجع سابق ، ج (٢) ، ص (١٦) .

(٤٦) د. عبدالمنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، ج (١) ، ص (٢٤٥) .

(٤٧) د. حمزة حداد ، مرجع سابق ، ص (١٢٤) .

(٤٨) انظر مادة (٢٠) فقرة (١) .

(٤٩) انظر المادة (٢١) من قانون البيوع الدولى للبضائع .

(٥٠) انظر المادة (٢٢) من قانون البيوع الدولى للبضائع .

(٥١) انظر المادة (٢٣) من قانون البيوع الدولى للبضائع .

(٥٢) - William F. Fox, Jr., op . cit., p. 53

الفصل الثانى

العقود النمطية

العقود النمطية Standard Contracts هى تلك العقود المعدة مسبقًا كنماذج يتم تبنيها واستخدامها من قبل الأطراف المتعاقدة فى التجارة الدولية . وهذه النماذج نوعان هما :

١- نماذج العقود الكاملة والمعدة مسبقًا.

٢- نماذج العقود التى تكون فيها الشروط العامة موحدة [(١)] .

فالعقود النمطية الكاملة ، هى تلك التى يتم فيها إضافة أسماء الأطراف المتعاقدة ، والثمن ، والمواصفات لموضوع العقد ، مع حرية الأطراف فى الاتفاق على تعديل بعض الشروط أو الفقرات فيما لو أرادوا ذلك .

وعلى الرغم من أن العقود النمطية فى حقيقتها محاولة تهدف إلى توحيد كامل شروط العقد ، سواء تلك المتعلقة بالحقوق أو الواجبات للأطراف المتعاقدة من مرحلة تكوين العقد وخلال مراحل تنفيذه إلى فسخه أو التعويض عنه أو الجزاء على الإخلال ببعض بنوده ، إلا أن هناك بعض أنوا ع من هذه العقود يهتم بتوحيد جزء من شروط العقد فقط ، خاصة البنود التى يتكرر حدوثها دائمًا .

وبهذا يكون التوحيد هنا جزئيًا ، حيث تقوم الأطراف المتعاقدة بصياغة وإعداد عقد جديد وفقًا لما يتطلبه موضوع التعاقد ، دون صياغة بعض الشروط المتعارف عليها وتعتبر من الشروط العامة ، كما يتم النص فى العلاقة على اعتبار الشروط الموحدة الصادرة من قبل بعض المنظمات والهيئات الدولية جزءًا منه وتحكم العقد بين الطرفين فيما لم يتم النص عليه فى العقد . والهدف من اللجوء إلى مثل هذه الشروط العامة هو تحاشى المخاطر من وجود تفسيرات متباينة من قبل الأطراف لما هو منصوص عليه فى العقود النمطية فيما لو تم تبنيها كاملة دون تعديل كما هو الحال بالنسبة للتفسيرات

المتعددة لما يعرف بالمصطلحات التجارية الدولية : الإنكوتيرمز INCOTERMS ، فى نشراتها المتعددة ، والتى يجب أن يتم النص على السنة التى صدرت فيها أو على آخر تعديل تم عليها ، حتى لو رأى الأطراف تبنى هذه المصطلحات فى العقد بينهم (٢) . وبالمثل أيضًا العقود الأخرى التى تصدر من قبل الاتحادات التجارية مثل اتحاد تجار البن، أو تجار القطن الدولية أو غيرها من الاتحادات المشابهة .

وتتكون العقود النمطية - كما جرت العادة - من شروط معينة متبعة تستعمل فى نوع معين من التجارة ، أو من خلال العقود التى يعقدها التجار فيما بينهم وتتكرر بصفة مستمرة . ومن أمثلة هذه العقود : عقد بوليصة الشحن ، وعقد استئجار السفن ، وعقود شراء البضائع والسلع . فالشروط فى هذه العقود استقرت خلال السنين الماضية من خلال التفاوض بين ممثلى التجار ومن ثم تم تقبلها ؛ لأنها تسهل التبادل التجارى . وهذا النوع من العقود النمطية يحتوى أحكامًا متكاملة وقائمة بذاتها ، فهى تحوى وتبين كافة الحقوق والالتزامات لأطرافها الموقعة عليها وغيرها من الأطراف التى قد يكون لها مصلحة من انعقاد هذا النوع من العقود ، مثل : مالك السفينة ، والبنك الذى يتعامل معه الأطراف أو يكون ممولاً أو ضامنًا للبائع أو المشترى ، إلى غير ذلك (٣) .

وقد تتكون العقود النمطية نتيجة تركيز نوع من أنواع التجارة فى يد فئة معينة من التجار. ولا يخضع هذا النوع من العقود النمطية وما تحويه من شروط لأى مفاوضة بين أطرافها، بل هى نتاج التجمعات والتنظيمات والاتحادات التجارية ، كاتحاد تجار القطن والبن والحبوب والأخشاب وغيرهم (٤) .

فالنوع الأول من هذه العقود يكون مكتوبًا ومعدًا مسبقًا بشروطه العامة كما تراها هذه الاتحادات والتجمعات التجارية ، ويتم تقديمها للطرف المتعاقد الآخر ليتفحص الشروط التى تضمنتها . فهى صيغ نموذجية أحيانًا لعقود موحدة تمت كتابة بنودها وصياغتها مسبقًا لتتناسق مع العادات والأعراف التجارية الدولية (٥) .

أما النوع الثانى فهو نماذج لعقود أو مجموعة شروط لعقد موحد تمت كتابة بنودها وصياغتها بواسطة هيئة دولية ، ولكن قد تعدل بواسطة الأطراف فيما إذا رغبوا فى ذلك أثناء التفاوض عليها (٦) .

وعادة ينص العقد النمطى أن على الأطراف إدخال أو إكمال بعض الشروط أو الفقرات أو الملاحق التى بدونها لا يعنى العقد أى شىء . وبما أن العقود النمطية الدولية تجعل للمتعاقد حرية التفاوض واستقلاليته ، فهى تختلف عن عقد الإذعان الذى هو ذلك النوع من العقود الذى لا تجرى المساومة حول شروطه . فهو نموذج لعقد معد من قبل أحد الأطراف يقدمه للطرف الآخر كصيغة كاملة لعقد غير قابل للمناقشة أو التفاوض حول شروطه ، وغير قابل للتعديل ، وليس للمتعاقد الآخر سوى التوقيع عليه أو تركه (٧) ، وبهذا تتميّز العقود النمطية عن عقود الإذعان . ولكن هذه الحرية مقيدة وتتأثر بما يفرضه التشريع الوطنى من قيود على استقلالية المتعاقد وحريته فى رفض أو فرض شروط معينة (٨) . إضافة إلى ما قد يوجد من عدم التوازن بين التزامات وحقوق الأطراف المتعاقدة نظراً لاختلاف القوة الاقتصادية لأحد الأطراف عن الطرف الآخر ، مما يخلّ بالقوة التفاوضية بين المتعاقدين لصالح أحدهم دون الطرف الآخر فى العقد ، ومن ثم يؤثر على استقلاليته .

أيضاً قد تؤثر قواعد التشريعات الدولية على حرية الأطراف التعاقدية فى إجراء أى تعديل على مثل هذه العقود النمطية ، مثل التشريعات التى قد تفرض قيوداً معينة على استخدام مثل هذه النماذج عندما لا تجيز الاستثناء من القواعد المنصوص عليها فيها بحرية من قبل الأطراف المتعاقدة ، خاصة عندما يكون لمثل هذه الاتفاقيات الدولية أو التشريعات قوة قانونية ملزمة بموجب التشريع الوطنى الذى قد يلزم الأطراف فى العقد - بموجب قانون العقد - بتضمين عقودهم بعض الشروط والالتزامات المتفق عليها دولياً ، مثل مؤتمر بروكسل لعام ١٩٢٤م ، الذى أعطى قوة لقواعد لاهاى الخاصة ببوليصة الشحن لعام ١٩٢١م ، وفيها أن عقد النقل البحرى يجب أن يتضمن بعض الشروط والفقرات التى لا يجوز التعاقد على خلافها. وقواعد لاهاى هذه تم تضمينها فى كثير من التشريعات الداخلية للدول واعتبرت قانوناً لا بد من اتباعه (٩) .

ولا شك أنه يوجد فوائد ومخاطر فى استخدام نماذج العقود فى العقود التجارية الدولية . فمن المخاطر التى قد تواجه المتعاملين فى عقود البيع الدولى للبضائع عن طريق عقود نمطية ، صياغة وتفسير فقرة حل النزاع بين الأطراف ، وأيضاً طريقة دفع الثمن ، والضرائب ، وقانون منع الاحتكار وتنظيم الاستيراد والتصدير .

أيضًا نجد أن مثل هذه العقود النمطية قد تحتوى على فقرات كثيرة ، منها ما يعتبر شروطًا موحدة نظرًا لما توفره من جهود ودقة فى الصياغة وعمومية بين التجار فى دول مختلفة ، مما يوفر الجهد فى إعداد عقد جديد. فاستخدام نماذج العقود فى التجارة الدولية ، يعنى أنه لن يتم بذل أى جهد فى صياغة عقد جديد . ولكن اللجوء إلى لغة موحدة باستخدام هذه النماذج بلا شك سوف يؤدى إلى تحسين لغة صياغة العقد ، ويكون له الأثر الكبير فيما لو حصل نزاع ، كاللجوء إلى القضاء أو التحكيم حيث تكون هذه اللغة معروفة ، وقد سبق أن نظرها القضاء وبتّ فى أمرها فى قضايا مماثلة (١٠) .

والعقود النمطية عادة يتم إعدادها من قبل شركات كبرى ، مما يعنى أنها فحصت خلال سنوات من التعامل الدولى . فهى تتضمن شروطًا نموذجية أعدت بعناية لتغطى كل ما يمكن توقع حدوثه أثناء تنفيذ العقد . كما أنها تُعْنَى بوضع الحل القانونى لكل احتمال ، مع التأكيد على ضمان تنفيذ العقد أو وضع التعويض المناسب فى حالة عدم تنفيذ مثل هذه الشروط كما تمت صياغتها من قبل هذه الشركات . وهذا يدفع كثيرًا من الكتاب فى قانون التجارة الدولية إلى وصفها بأنها من صنع الشركات ، حيث إن هذه الشركات هى التى تصنع قانون العقد إلى الحد الذى يتماشى مع القانون ويلتزم به الأطراف (١١) .

كما أن هناك نماذج لعقود قد تم وضعها من قبل الاتحادات التجارية والمهنية المتخصصة مثل FIDIC ، التى وضعت شروطًا نموذجية لعقود الإنشاءات الهندسية الدولية ، وأصبح متعارفًا عليها ويرجع إليها عند صياغة عقود الإنشاءات الدولية فى كثير من الأحيان (١٢) .

أيضًا هناك نماذج لعقود وشروط عامة تم وضعها وإصدارها من قبل المنظمات والهيئات الدولية مثل غرفة التجارة الدولية ICC ، التى أصدرت كثيرًا من القواعد التى يتم اتباعها فى كثير من أنواع التجارة الدولية ، ومنها ما يلى :

١- القواعد الدولية لتفسير مصطلحات التجارة الدولية International Rules for the Interpretation of Trade Terms "Incoterms" ، والتى تم تعديلها وأصبحت تعرف بالمصطلحات التجارية الدولية International Commercial

Terms ، وكان آخر تعديل جرى عليها فى عام ١٩٩٠م فى آخر نشرة لها [١٣]

٢ - الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية The Uniform Customs and Practices for Documentary Credits التى تم إصدارها عام ١٩٧٤م وآخر صيغة معدلة لها صدرت فى عام ١٩٩٣م بمنشور غرفة التجارة الدولية رقم (٥٠٠) ، والتى تم التعارف على تطبيقها على كافة الاعتمادات المستندية بما فى ذلك اعتمادات الضمان الاحتياطى Standby Letter of Credit . كما تم إصدار النموذج الموحد لفتح الاعتماد المستندى [١٤] The Standard Form for the Opening of Documentary Credits .

٣ - القواعد الموحدة بالتحصيل [١٥] The Uniform Rules for the Collection of Commercial Payment Orders .

٤ - القواعد الموحدة بالنقل المزدوج The Uniform Rules for a Combined Transport Document والتى تنظم الشحن فى أكثر من وسيلة نقل خلال الرحلة حتى وصول البضاعة إلى المكان المقرر لها وفقًا لبوليصة الشحن المعدة لذلك .

ويجب التنبيه هنا إلى أن كلاً من القانون الوطنى والقانون الدولى الخاص يتضمن ضوابط لتضمين هذه القواعد المعدة من قبل هذه المنظمات أو الشروط النمطية العامة فى العقد ، والتى لا يمكن تضمينها فيه بدون موافقة صريحة وسليمة من أطرافه . فإذا تم قبول هذه الشروط النمطية من قبل أطراف العقد صراحة فليس هناك مشكلة فى أن العقد قد تم وفقًا لإيجاب وقبول سليمين . ولكن المشكلة تكمن فيما لو أن هذه الشروط أو بعضها لم يتم قبولها صراحة ، مما قد يؤدى إلى نشوء مشكلة هى : وفق أى متطلبات يمكن أن يتم تضمين مثل هذه الشروط التى لم يتم التفاوض عليها فى العقد التجارى الدولى ؟ .

وفى قانون البيع الدولى للبضائع نجد أن المادة (٢) من الفقرة (١) تنص على أن الأطراف يمكن أن يعقدوا العقد على أساس التعامل السائد فيما بينهم ؛ فمثلاً الطرف الذى يريد أن يُضَمِّن مثل هذه الشروط فى العقد يمكن أن يعتمد على التعامل السابق دون أن يقدم هذه الشروط للمشترى أو الطرف الآخر فى العقد ليتكون العقد . فإذا

كان هناك تعاقد سابق بين الأطراف ثم حصل أنه فى عقد ما قام المشترى بالاعتراض على بعض الشروط التى لم يسبق له أن اعترض ، فإنه فى هذه الحالة لن يكون له الحق فى الاعتراض ، بل يعتبر قد قبل بها ضمنًا كما نصت على ذلك المادة (٣/٨) من القانون نفسه . ومن أمثلة القبول الضمنى للشروط العامة إرسال البضاعة أو دفع الثمن دون إشعار الطرف الآخر بأن هذه الشروط مجحفة فى حقه أو الاعتراض عليها ، ولكن يشترط للاعتداد بهذا القبول الضمنى أن يكون هناك تعامل طويل بين الأطراف .

أما فى حالة ما إذا كان هناك تفاوض حول الشروط العامة فى العقد بين الأطراف فى كل صفقة أو عقد على حدة ، ولو تعددت هذه العقود بين الأطراف ، فلا يمكن اعتبار هذه الشروط قد وصلت إلى مستوى العادة والعرف فى التعامل بين الأطراف . فإذا رغب أحد الأطراف أن يُضَمِّن مثل هذه الشروط العامة فى العقد فيجب عليه أن يشعر الطرف الآخر بأنها تعتبر جزءًا لا يتجزأ من العقد .

الهوامش

(١) الأستاذ بهاء هلال دسوقي : قانون التجار الدولي الجديد - دراسة تحليلية ، Lex Mercatoria، القاهرة (١٩٩٣) ، ص ص (٧٦-٩١) .

- Richard Christou : Drafting Commercial Agreements , Longman , (1993) .

- Richard Christou , Boilerplate : Practical Clauses (1993) .

- Robert Bredgate : Drafting Standard Terms of Trading , Longman, (1991) .

(٢) Clive M. Schmitthoff : The Law & Practice of International Trade , 8th. ed. (STEVENS 1986), P. 56-70 .

(٣) Clive M. Schmitthoff : The Unification of Law By Means of Standard Contracts and General Conditions, Vol. 17, International and Comparative Law Quarterly, P. 551-570, 555-557, (1968) .

(٤) د. أحمد عبدالحميد عشوش : قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة ، مؤسسة شباب الجامعة - الإسكندرية (١٩٩٠م) ، ص ص (٧٥-٨١) .

(٥) د. حمزة حداد ، مرجع سابق ، ص (١٩) .

(٦) Ole Lando, op. cit., p. 193 .

- Clive M. Schmitthoff : The Unification or Harmonization of Law By Means of Standard Contracts and General Conditions, p. 556 .

(٧) Ibid, p. 551 .

(٨) د. أحمد عبدالحميد عشوش ، مرجع سابق ، ص (٧٩) .

(٩) John Richardson, F.C.I.I, A Guide to The Hague and Hague - Visby Rules, A Revised Special Report , Lloys's of London Press Ltd, 1989 .

- Christof F. Luddeke & Andrew Johnson : A Guide to The Hamburg Rules, From Hague to Hamburg via Visby, An Industry Report, Lloyd's of London Press Ltd, 1991 .

(١٠) Clive M. Schmitthoff, op. cit., p. 566-570 .

(١١) Antonio Boggiano, International Standard Contracts : The Price of Fairness, P2-3, (Graham & Trotmanl Martinus Nijhoff, Bostonl London, 1991) .

(١٢) E. C. Cobertt, Fidic - 4 th, A Practical Legal Guide : A Commentary on the International Construction Contract, Sweet & Maxwell, London, 1991 .

(١٣) المستشار أحمد منير فهمي : دراسة مقارنة للائحة عقود البيع التجارية الدولية الجديدة لعام ١٩٩٠م ، (Incoterms) ، مجلس الغرف التجارية والصناعية السعودية ، ١٤١٢هـ-١٩٩١م .

(١٤) C. 500 & 400 Compared, An Articleby - Article detailed analysis of the new UCP 500 Compared with the UCP 400, International Chamber of Commerce, 1993 .

(١٥) W. L. O'Hare, Introductin to Documentary Credits, : ICC Uniform Rules for Collections, Bankers Books Limited, 1990 .

البـــاب

الـرابـع

صياغة العقـود

التجارية الدولية



لا شك فى أن الصياغة القانونية لأى وثيقة قانونية - سواء كانت عقداً تجارياً أو عقداً مدنياً أو نظاماً - فى من الأشياء المهمة جداً . فالصياغة السليمة تعنى بلورة الأفكار وطرحها بطريقة تجعلها قابلة للتنفيذ بما يحقق الهدف من وضعها إن كانت الوثيقة نظاماً أو لائحة ، أو تحقيق رغبة الأطراف المتعاقدة والتعبير عن إرادتهم بطريقة محددة توضح حقوق وامتيازات والتزامات جميع الأطراف الموقعة عليها إن كانت الوثيقة القانونية عقداً تجارياً أو مدنياً.

والعقد بطبيعته يعتبر قانوناً لتنظيم علاقة محددة بين أطرافه فى مناسبة خاصة [1]. وهذا يعنى أن من يقوم بالصياغة لهذا العقد لا بد أن يدرك أنه يعمل من ناحيتين ؛ الأولى : حرفية تتعلق باختيار الكلمات والعبارات المكونة للعقد للتعبير عما يرغبه الأطراف ، والثانية : موضوعية تتعلق بالمعنى والمفهوم لهذا العقد أو الوثيقة التى يقوم بكتابتها .

والصياغة القانونية السليمة هى أولاً التفكير ومن ثم التعبير عن هذا التفكير فى شيء مكتوب . ونحن لا نعنى بالتفكير هنا وضع سياسة العميل أو التدخل فى اختياره بأية حال ، ولكن نعنى به التفكير فيما يرغب العميل فى تحقيقه ، ومن ثم التخطيط لكيفية تنفيذ هذه الرغبة وتحقيقها عن طريق الصياغة القانونية السليمة .

لذلك فعلى المستشار القانونى أو المحامى الذى يقوم بالصياغة لأى وثيقة قانونية أن يأخذ بعين الاعتبار، أنه بجانب اختيار الكلمات الصحيحة والمناسبة ، لا بد أن يقوم بصياغة الوثيقة أو العقد بما يعبر عن الرغبة لدى الأطراف فى العقد أو عن الهدف الذى ترمى إليه الوثيقة ، وبما يعبر عن المفهوم السليم الذى يرغب التعبير عنه بواسطة الكلمات التى اختارها ؛ لأن العبارات والكلمات المكتوبة هى التى يتم بواسطتها نقل المعنى الذى يرغب التعبير عنه بما يحقق الهدف المنشود .

وهذه العملية تعتبر جزءاً أساسياً من مهمة المستشار القانونى الذى يقوم بالصياغة ؛ لأن مهمته فى الأساس تنصبّ على التحقق والتأكد من رغبات العميل فى الجانب الأكبر منها ، والجزء الآخر ينصبّ على اختيار الطريقة الأكثر ملاءمة لتنفيذ وتحقيق هذه الرغبات .

كل هذا سوف يتطلب منا دراسة الأسس والقواعد التى تقوم عليها الصياغة القانونية السليمة ، وهو ما سنقوم به فى الفصلين التاليين :

الفصل الأول : أسس وضوابط الصياغة القانونية فى العقود التجارية الدولية .

الفصل الثانى : إبداء الرأى القانونى حول العقد التجارى الدولى .

الهامش

(١) Reed Dickerson : The Fundamentals of Legal Drafting, p. 3, (Second Edition, Little, Brown and Company, 1986) .

الفصل الأول

أسس وضوابط الصياغة القانونية فى العقود التجارية

يعتبر الاستعداد للصياغة شيئًا ضروريًا وأساسيًا قبل البدء فيها . وهذا يعنى أنه لا بد أن يكون لدى من يقوم بصياغة عقد تجارى معين المعلومات الكافية واللازمة لإعداد هذا العقد إن لم يكن قد شارك فى التفاوض وعرف ما يحتوى عليه الاتفاق بين الأطراف . فالصياغة والتفاوض شيئان متلازمان يسيران جنبًا إلى جنب ، وليس كما يعتقد البعض من المستشارين القانونيين بأنهما منفصلان عن بعضهما البعض [١] ؛ لأن التلازم بينهما ، خاصة فى عقود التجارة الدولية ، لا ينفك حتى يتم الوصول إلى اتفاق نهائي، وتوقيع العقد . وعليه فلا بد أن يعرف المستشار الذى يقوم بالصياغة نطاق العقد وطبيعة التعامل وما يهدف الأطراف للوصول إليه وإنجازه [٢] . كذلك لا بد أن يكون لدى المستشار الذى يقوم بالصياغة فكرة واضحة وجلية عن القوانين التى سوف يكون لها علاقة بهذا العقد وتؤثر فيه مستقبلاً عند تنفيذه .

كل هذا يتطلب ممن سيقوم بالصياغة أن يعمل على مراعاة القواعد التالية :

١ - لا بد من أخذ تعليمات العميل فى الحسبان قبل البدء فى الصياغة . وهذا يعنى أن يقوم المستشار القانونى الذى تسند إليه مهمة صياغة عقد تجارى معين ، بوضع قائمة بالأشياء التى يرغب عميله أن يشملها العقد قبل البدء فى عملية الصياغة . أيضًا يجب عليه أن يأخذ فى اعتباره الهدف أو الأهداف التى يرغب العميل فى تحقيقها ، ومن ثم صياغة ذلك بأسلوب يحمى العميل من المسئولية ، والتأكيد على تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته كما تم النص عليها فى العقد[٣] . ويمكن تحقيق ذلك بمناقشة العميل فى الأمور المتصلة بالموضوع للوصول إلى معرفة ما يرغب فى تحقيقه مستقبلاً ، إن لم يكن ذلك واضحًا للمستشار الذى يقوم بالصياغة. وإذا كان الذى يقوم بصياغة العقد التجارى مستشارًا خارجيًا فلا بد من أن يكون الشخص الذى يعطى التعليمات له من ذوى العلاقة بالعمل أو طبيعة العقد والتعامل التجاري ؛ حتى يمكنه نقل فكرة العميل وما يهدف إليه بكل وضوح ،

فقد يكون المدير العام أو المدير التنفيذى فى الشركة التى ترغب التعاقد هو الشخص المخول رسميًا باتخاذ القرار، ولكن ليس هو الشخص القادر على أن يعطى الفكرة بوضوح ؛ نظرًا لأن هناك غيره من الموظفين فى الشركة الذين لهم خبرة واسعة وعملية فى طبيعة عمل العميل مثل معرفته بالعملاء والمنتجات أو البضاعة المراد التعاقد عليها .

٢ - على من يقوم بالصياغة أن يحاول التضييق من نطاق النزاعات أو احتمالها حول معنى نصوص العقد أو تأثيرها على العقد مستقبلاً ، وذلك بصياغة نصوص واضحة المعانى سهلة الفهم لمن يقرؤها ، لأن أى قصور فى الوضوح أو عدم الدقة فى الصياغة قد يكون أساسًا أو سببًا فى حدوث النزاع مستقبلاً . فمثلاً إذا لم يكن واضحًا لأحد أطراف العقد ، ولنقل البائع مثلاً ، متى يكون دفع الثمن الذى تم التعاقد عليه ، فقد يأخذ المشترى ذلك عذرًا للتوقف عن الدفع أو المماطلة فيه حتى آخر تاريخ ممكن للاستفادة بقدر الإمكان من ذلك على حساب البائع .

٣ - يجب أن يكون المستشار القانونى الذى يقوم بالصياغة متوازنًا فى صياغته لنصوص العقد ، حتى لا يتعرض للنقد بحجة إجحافه بحق طرف أو ميله إلى جانب طرف من أطراف العقد ، ومن ثم يكون ذلك سببًا فى الاعتراض على نصوص العقد على هذا الأساس ، مما قد يكلف العميل خسارة إضافية يكون مستشاره القانونى هو السبب المباشر فيها [٤] .

٤ - الصياغة من أجل الوضوح والموضوعية أيضًا مهمة جدًا ، فلا غرو أن النظام القضائى المتطور فى أغلب دول العالم التجارية والدول المتحضرة يأخذ فى الأساس نية أطراف العقد عند التعاقد . بمعنى آخر إن تأثير وأثر العقد يعتمد على نية أطرافه حال التعاقد . ونية الأطراف يمكن تحقيقها باختيار الكلمات والعبارات الملائمة والمتوازنة لنصوص العقد بما يرضى كافة الأطراف فيه ، وذلك لأن الكلمات والعبارات المستخدمة فى الصياغة سوف يتم تفسيرها من قبل المحكمة وفقًا لما هو معتاد ومتعارف عليه ، أى أنها سوف تُعْطِى معناها المعتاد من ناحية القواعد النحوية والمعنى الحرفى ما لم يؤد ذلك إلى تناقض أو تعارض مع قواعد ومفاهيم أخرى متعارف عليها . فعندما يحدث ذلك سوف تلجأ المحكمة إلى الظروف المحيطة بالعقد من أجل تفسير ما هدف إليه الأطراف من اختيار

هذه العبارات والكلمات فى العقد . وبناء على ذلك فإن على من يقوم بالصياغة أن يأخذ بعين الاعتبار محاولة صياغة نصوص العقد ككل متكامل لتكون واضحة متناسقة ومفهومة ، وأن يعرف مسبقًا تأثيرها وحدودها ، وأن يتم تحاشى الغموض عند صياغتها .

أيضًا لا بد من الأخذ بعين الاعتبار ، خاصة فى الدول التى تأخذ بنظام السوابق القضائية ، التفسيرات السابقة للكلمات والعبارات من قبل المحكمة فى قضايا العقود المماثلة داخليًا ، والعمل على ألا تتعارض الصياغة معها ، خاصة فى العقود النمطية التى تم اختبار نصوصها فى كثير من القضايا عندما يكون الأطراف قد اختاروا جهة قضائية وقانونًا معينًا ليحكم الالتزامات الناشئة عن العقد [٥] .

٥ - نجد أن كثيرًا من مكاتب المحامين والمستشارين العريقين فى المهنة من ذوى الخبرة الطويلة لديهم نماذج كاملة لأغلب - إن لم يكن لكل - أنواع العقود فى كافة أنواع التعامل التجاري ، التى تم تجميعها من خلال خبرة سابقة ، ويمكن لمن يقوم بالصياغة الاستعانة بها عند إعداد عقد معين ، شريطة أن تكون لديه القدرة على تمييز ما هو فى صالح العميل ويتفق مع أهداف الأطراف المتعاقدة عند استخدام مثل هذه النماذج .

ولهذه النماذج أهمية كبيرة جدًا ؛ نظرًا لأنها تخدم العملاء ومن يقوم بالصياغة على السواء ، إلا أنها يجب أن تستخدم بعناية كبيرة لا أن يتم نسخها كما هي ، وذلك لأنه مهما يكن موضوع التعامل الذى يرغب المستشار صياغة وإعداد العقد له متشابهًا مع موضوع العقد النمطى ، فالغالب أن هناك بعض الخصائص التى يتميز بها كل عقد عن الآخر ، سواء من ناحية الشكل أو الموضوع الأساسى والهدف منه . وهذا يعنى أنه لا بد من إعادة صياغة هذه النماذج بعناية تامة فى كل فقرة منها ، بحيث تتناسب مع موضوع عقد العميل ، نظرًا لأن هذه النماذج قد تتضمن بعض الشروط التى قد لا يحتاجها العميل أو يغفل عن أن يضمنها بعض الشروط الضرورية التى يحتاجها العميل فى عقده [٦] . ولكن قيمة هذه النماذج تكمن فى أنها تكون مصدرًا للفكرة ، ومن ثم لا بد من الاطلاع على مجموعة منها من قبل المستشار القانونى الذى يقوم بالصياغة لمعرفة الفرق بينها وأخذ ما هو مفيد منها وذو صلة بموضوع العقد .

وفى حالات كثيرة قد يتقدم أحد الأطراف فى العقد التجارى بنموذج عقد مكتوب من قبله يعكس وجهة نظره هو فقط ، وذلك للتفاوض حوله أو على اعتبار أنه اقتراح مقدم منه قابل للتفاوض عليه ، مما يعنى أنه سوف يكون هناك تفاوض حول نصوص هذا العقد من قبل الأطراف للوصول إلى اتفاق نهائى على صياغة موحدة متفق عليها ، وقد يكون هذا هو أسلم الطرق .

كما أنه فى حالات أخرى قد يتضمن خطاب النية ، الذى يصدره أحد أطراف العقد التجارى الدولى قبل التوقيع على وثيقة العقد ، شروطًا مهمة تعتبر شروطًا تعاقدية فى حد ذاتها دون أن تكون ملزمة بالضرورة ، ويرغب الأطراف فى أن يتم تضمينها فى العقد ، أو قد يكون هناك فى حالات أخرى تبادل للوثائق وخطابات بين الأطراف بخصوص موضوع التعاقد ، لذلك يستحسن لمن يقوم بالصياغة ، بل يجب عليه أحيانا، أن يطلع عليها ومن ثم النص عليها فى العقد أو تضمين العقد فقرة تنص على إلغاء مثل هذه المراسلات وعدم الاعتداد بها مستقبلاً باعتبار أن العقد - كما تمت صياغته بين الأطراف - هو الوثيقة الوحيدة الملزمة للأطراف بخصوص الموضوع المتعاقد عليه .

أيضًا لا بد من الحيطة والحذر من قبل الطرف المتلقى للوثيقة أو العقد المبدئى المقدم من قبل أحد أطراف التعاقد باعتباره عقدًا مبدئيًا للتفاوض حوله ، لأنه قد يكون تكتيكًا مقصودًا به استجلاء وجهة نظر الطرف الآخر ومعرفة رد فعله على الشروط المضمنة فيه ، والتى تعكس وجهة نظر من قام بصياغته . لأننا غالبًا ما نجد أن الطرف الذى يقوم بصياغة العقد يعرض ويقدم الصيغة التى تتضمن وجهة نظره بحدها الأقصى ومن ثم يترك مجال التفاوض حولها فسيحًا ليتنازل عن بعض الشيء ويفوز بما يريد . فالطرف الذى فكر فى العقد أولاً وفى مضمونه وصياغة شروطه بالطريقة التى يرتضيها سوف يحاول أن يضع بعض العبارات والكلمات على الورق قبل الجلوس على طاولة التفاوض بكل ما هو فى صالحه ، ومن ثم تصبح قوة مؤثرة فى التفاوض قد توصله إلى مبتغاه ، حتى ولو تمت إعادة صياغته عدة مرات من خلال ما يتم الاتفاق عليه أثناء التفاوض (٧) .

المبحث الأول

وضع الهدف وتحديد الموضوع

إذا كان الهدف المعتاد من الكتابة هو أنها وسيلة اتصال ، فإن الهدف المحدد والفعلى لأى عقد مكتوب هو إثبات الحقوق والالتزامات للأطراف الموقعين عليه ، كما هو تعبير عن الاتفاق بين الأطراف بوضوح كامل بقدر الإمكان ، بحيث لا يكون هناك حاجة ولو بسيطة للبحث عن التفسير الخفى لما يعنيه المتعاقدان ، وذلك فى حالة ظهور عدم تفاهم بين الأطراف بخصوص الاتفاق ذاته .

لذا ، فإن الوسيلة الوحيدة لنقل تصور الأطراف المتعاقدة كما يرغبون فيه هى الصياغة السليمة لنصوص العقد المزمع عقده بينهم ، حيث إن الصياغة تهدف إلى وضع ما يهدف إليه العميل فى نصوص واضحة وجليّة بحيث تعكس النية الحقيقية للأطراف المتعاقدة ، ولأن فى ذلك ترجمة واضحة وتطبيقًا للمبادئ العامة فى قانون العقود ، والتى هى ما يلى :

١- إن الأطراف أحرار لإنشاء أو الاتفاق على أى مشروع يختارونه Party Autonomy [٨] .

٢ - بعد اتفاق الأطراف مختارين على تنفيذ شىء معين أو الامتناع عن اتخاذ شىء معين ، فإنهم ملزمون بنصوص الاتفاق بينهم ، وهو ما يسمى بـ Pacta Sunt Servanda [٩] .

فإذا كانت نصوص العقد غير واضحة أو غير كاملة ، فإن ذلك قد يؤدى إلى حصول نزاع بين الأطراف على تنفيذ نصوص العقد . وعند حصول النزاع سوف تلجأ المحكمة إلى البحث والتقصى عن نية وهدف الأطراف من صياغة ووضع النصوص ، وقد تتوصل إلى نتيجة مفادها أن الأطراف لم يصلوا إلى اتفاق أساسًا ، خاصة إذا كان عدم الوضوح أو الغموض يتعلق بالعناصر الرئيسية للعقد مثل : الكمية ، أو السعر ، أو تاريخ التسليم ، ... إلخ .

لكل ذلك لا بد من تحديد التزامات وحقوق كل طرف من أطراف العقد بكل وضوح ، بالإضافة إلى تحديد العواقب المترتبة عليها ، التى يجب أن يتحملها الطرف الذى قد يُخلّ بتنفيذ التزامات ، وهذا لا يمكن تحقيقه إلا بالصياغة السليمة لنصوص العقد للتقليل من نطاق النزاع .

وتحديد حقوق والتزامات الأطراف فى العقد التجارى يتطلب تحقق المستشار القانونى الذى يقوم بصياغة نصوصه من الهدف الذى يرمى إليه الأطراف من التعاقد . وهذا يعنى أن معرفة وفهم السياسة الموضوعية لعميله ذات أهمية قصوى لتحقيق أعلى درجة من الفائدة المحتملة أو المرجوة من العقد التجارى الذى يرغب الدخول فيه ، ومن ثم سوف يساعد المستشار عميله فى تحقيق هدفه الذى يرمى إليه من التعاقد .

كل ذلك يبدأ مع طرح الفكرة الموضوعية حول العقد ، التى طلب منه شرحها وتوضيحها ؛ لأن وضع الفكرة الموضوعية فى صياغة سليمة هو العمل المهم الذى يعكس رغبة العميل . وعليه يمكن القول بأن المستشار الذى يقوم بالصياغة يشبه المهندس المعمارى الذى يؤتى به لحل المشكلة منذ البداية قبل أن يضع قلمه للصياغة . وهذا يتطلب منه أن يفكر مليًا فى الفكرة الموضوعية للعقد ، ومن ثم يبحث ويحاول بقدر الإمكان التقصى ومعرفة ماذا يريد العميل أن ينجزه من هذا التعاقد (١٠) .

وليس غريبًا أن يكون هدف كل طرف من أطراف العقد التجارى هو تحويل المخاطر على الطرف الآخر فى العقد بقدر الإمكان ، لذا فمهمة من يقوم بالصياغة هى العمل على الحيلولة دون تحويل تلك المخاطر على عاتق عميله والتأكد بقدر الإمكان من ذلك ، والعمل من أجل صياغة عقد واضح ينص صراحة على وجوب أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته كاملة ، وهذا يتطلب منه التأكد من الآتى :

١ - تحديد التزامات العميل بقدر الإمكان والتحقق منها .

٢ - تحديد نطاق العقد .

٣ - وضع الضوابط للحيلولة دون احتمال إخلال العميل بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها فى العقد ، وذلك عن طريق تحديد التزامات العميل بطريقة مرنة وقابلة

للتفسير . فإذا كان العميل هو البائع مثلاً ؛ فعلى من يقوم بصياغة العقد المتعلق ببيع أو شراء دولى أن يعمل على أن تكون كمية البضاعة المطلوب تسليمها خاضعة لقدرات العميل ، أو النص فى العقد صراحة على تحديد فترة التسليم للمبيع موضوع العقد فى بعض الحالات .

٤ – تحديد نطاق مسئولية العميل عن أى إخلال من جانبه بأى من بنود العقد ، وذلك بالإعفاء من المسئولية فى حالات معينة مثل : الاعفاء من المسئولية فى بعض حالات الضمان ، أو وضع حد أعلى للمسئولية المالية ، أو التعويض الذى قد يترتب على إخلال العميل بالتزاماته فى العقد ، ... إلخ .

٥ – تحديد التزامات الطرف المتعاقد الآخر ، والعواقب المترتبة على عدم التقيد بهذه الالتزامات .

٦ – وضع منهجية معينة لتشجيع التنفيذ العاجل من قبل الطرف الآخر فى العقد ، مثل : وضع فوائد عالية على التأخير فى التنفيذ ، إذا كان القانون الذى يحكم العقد يسمح بها ، أو إعطاء تخفيض على التنفيذ المعجل أو الدفع المعجل لتشجيع المتعاقد على التنفيذ ، ... إلخ . والغرض من ذلك هو التأكيد على التطبيق التام لبنود العقد ، والتنفيذ التام لكل ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف ، وهذا سوف يؤدى إلى تخفيف الأعباء المالية المترتبة على ذلك ، كالحصول على تأمين مخفض ، أو تخفيض نسبة التأمين اللازمة مستقبلاً من قبل شركة التأمين التى يتعامل معها العميل فى أى تعاقدات أخرى .

ولا ضير من النص على بعض الشروط التى قد لا تطبق أثناء تنفيذ العقد نظراً لعدم الحاجة إليها من قبل الأطراف فى كثير من التعاملات التجارية ، لأن الغرض منها قد يكون فقط الحيلولة دون نشوء ادعاء من قبل الطرف الآخر ليس له أساس قانونى ، أو الحيلولة دون اللجوء إلى القضاء ، أو لوضع أرضية وأساس مشترك للتفاوض وإنهاء النزاع فيما لو حصل نزاع فى المستقبل .

المبحث الثانى

أسلوب الصياغة القانونية السليمة

إن كتابة أو صياغة أى عقد تجارى أو محاولة كتابة أى وثيقة قانونية تتطلب ممن يقوم بذلك أن يفكر ملياً فيما يقوم به ، ومن ثم فحص كثير من الأفكار وتقويم ما يصح وما لا يصح منها وما يتفق مع الهدف المنشود من إخراج هذه الوثيقة المكتوبة ، وهو ما يسمى بالتفكير الموضوعى (١١) . أما من ناحية صياغة الأفكار فى هذه الوثيقة أو العقد فلا بد من أخذ عدة اعتبارات فى تقدير من يقوم بالصياغة ، مثل : طول الجملة ، ومضمون الفقرة ، والقواعد التى تحكم الصياغة والكتابة ، ... إلخ .

وفى كثير من الأحيان عندما يتعامل المستشار القانونى مع العقود التجارية الدولية - وخصوصاً العقود الفنية المعقدة منها - يواجه مجموعة كبيرة من التفاصيل التى لا بد من ذكرها أو الإشارة إليها فى العقد ، ولهذا فيعتبر من الأساسيات المهمة فى مرحلة التفاوض والصياغة لمثل هذه العقود ، أن يفكر المستشار فيها بهدف التعرف على كل ما هو مطلوب منه النص عليه تماماً فى العقد . أى أنه لا بد من أخذ مهلة للتفكير الموضوعى قبل الصياغة وفى مراحل المراجعة المختلفة لما تمت صياغته ، وتذكر النقاط الرئيسية المهمة فى العقد التى لا بد من الإحاطة بها .

والخطوات الأساسية التى لابد من اتباعها لإخراج النص المكتوب فى صياغة سليمة لتحقيق الهدف المنشود تنقسم إلى قسمين هما :

- **القسم الأول** : يتعلق بالمضمون الموضوعى للوثيقة ، والذى يتم التعبير عنه بالحروف والكلمات المختارة التى تعكس نية الأطراف وتهدف إلى تحقيق الهدف المنشود وما يصبون إليه من كتابة هذه الوثيقة .

- **القسم الثانى** : لفظى يتعلق بالحروف والكلمات التى يتم اختيارها للتعبير عن الهدف المنشود ، وإن كان عملياً من غير الممكن الفصل بين القسمين معاً .

الفرع الأول : المضمون الموضوعى والتفكير

المضمون الموضوعى والتفكير يعنى البحث عما يريده العميل . فالجانب الموضوعى هنا يتضمن ثلاث خطوات رئيسية هى :

الأولى : البحث عما يريد العميل تحقيقه ، وتحديد المشاكل التى قد تعترض سبيل ذلك . وهذا يعنى أن على المستشار أن يقوم مع عميله باستكشاف وتقصى التفاصيل الممكنة لمساعدته فى التفكير ، وهذا يمكن تحقيقه بطلب معلومات كافية من العميل ليعرف المستشار القانونى أو المحامى الذى يقوم بالصياغة ماذا يريد العميل ، وما هو القدر من الحرية الذى يتركه لمن يقوم بالصياغة لاتخاذ القرار بشأنه عند صياغته للوثيقة أو العقد التجارى أيًا كان موضوع العقد المراد صياغته .

وكفاية هذه المعلومات المقدمة من العميل تعطى من يقوم بالصياغة القدرة على اكتشاف وتنبيه العميل إلى نقاط التعارض فى الفكرة المقدمة منه ، وما هى العقبات التى يمكن أن تعترض تنفيذها وتحقيق ما يرغب العميل فيه . مثلاً ، عند صياغة عقد معين ، فمهمة من يقوم بالصياغة هى أن يعرف ماذا تم الاتفاق عليه وما دار فى المفاوضات السابقة بين الأطراف التى لم يكن قد شارك فيها فى الحدود التى يكون لها اتصال بموضوع العقد المطلوب إعداده .

الثانية : البحث فيما إذا كان الأطراف قد توصلوا إلى اتفاق على كافة التفاصيل والشروط أم لا ؟ . وهذا يعنى أن على المستشار أن يأخذ ذلك بعين الاعتبار ، وأن يُقوِّم ما هى الموضوعات المستقبلية التى يجب أن تخضع للتفاوض بين الأطراف . وسوف يكتشف فى كثير من الأحيان ، على الرغم من أن الأطراف افترضوا أنهم توصلوا إلى اتفاق كامل، أن هناك ألعديد من الموضوعات التى تحتاج وتتطلب مفاوضات أكثر .

الثالثة : لا بد أن يُعمِل المستشار الذى يقوم بالصياغة خياله القانونى لتصور كل الاحتمالات التى يمكن أن يواجهها أطراف العقد . كما يجب عليه أن يتخيل ويتصور ما سوف يحدث مستقبلاً لو لم يتم تنفيذ بعض بنود العقد أو ما سوف ينتج عن التنفيذ ، ومن ثم يبدأ التفكير فى العواقب العملية والقانونية التى يمكن أن تنشأ فيما لو حدث شىء من هذا أو أى شىء غير متوقع . مثل هذا التفكير يكون ضروريًا خاصة إذا لم

يكن هناك مفاوضات سابقة على التعاقد ، أو أن تكون هناك مفاوضات سابقة قد جرت بين الأطراف ولم يشارك فيها من يقوم بصياغة العقد .

بالإضافة إلى ذلك فعلى من يقوم بالصياغة أن يفهم جيداً كيفية تشكيل العقد وصياغته [١٢] هذا الفهم لابد أن يشمل على الأقل أساسيات المعرفة فى قانون العقود[١٣] ، والنواحى التقنية فى كل عملية تجارية أو عقد تجارى يدخل فيها . مثلاً ؛ إذا كان العقد التجارى هو عقد بيع لأجهزة اتصالات تليفونية ، فالعقد فى حد ذاته أو الوثائق الملحقة به سوف تتضمن مواصفات تقنية لهذه الأجهزة ، ومن ثم فإن على من يكلف بصياغة مثل هذه العقود أو التفاوض بشأنها ، أن يكون لديه فكرة واضحة وجيدة عن القدرة التقنية لهذه الأجهزة أو على الأقل القدرة على طلب المشورة من خبير متخصص ؛ لأن هذه التفاصيل التقنية مهمة جداً فى مرحلة التفاوض بالذات ومرحلة الصياغة للعقد بصفة عامة .

من كل ما تقدم نستنتج أن على من يقوم بالصياغة معرفة الجواب على العديد من الأسئلة المهمة للاستيضاح والحصول على المعلومات التى تفيد فى عملية الصياغة وذلك مثل [١٤] :

١ - هل هناك أكثر من شخص ملتزم بتنفيذ العقد ؟

٢ - هل الوقت محدد للتنفيذ ؟ وفيما إذا حصل تأخير فى التنفيذ ، هل يتم السماح به ؟ وكم مدة التأخير التى سوف يسمح بها ؟ وهل سيكون التأخير سبباً لعدم التنفيذ بالنسبة للطرف الآخر ؟

٣ - هل يستحسن أن يكون هناك حد زمنى معين لمدة العقد ؟

٤ - عوضًا عن اللجوء إلى الإنهاء ، هل من المستحسن أن يتم النص على أن الطرف الذى سوف ينفذ العقد لصالحه وحسابه له الخيار أن يعلن أن العقد انتهى فى حالات ووقائع محددة ؟

٥ - هل يستحسن أن يكون هناك شرط جزائى يطبق فى حالة عدم التنفيذ على من أخل بالتزاماته من الأطراف ؟

٦ – هل يرغب أحد الأطراف فحص سجلات الطرف الآخر فى العقد ؟

٧ – هل خطاب الضمان للتنفيذ مطلوب أم لا ؟

هذه الأسئلة وغيرها مما يتعلق بالعقد المراد صياغته لا يمكن الإجابة عنها إلا من قبل المستشار القانونى الذى يقوم بالصياغة لوثيقة العقد وفقًا لما لديه من معلومات متوفرة حول الأطراف وطبيعة العقد وموضوعه ، والتى يكون فى الإجابة عنها مصلحة لصياغة النصوص المتضمنة لحقوق العميل صياغة سليمة تضمن المحافظة عليها .

والمستشار الناجح هو الذى يتوقع المشاكل المستقبلية المحتملة والصعوبات التى يمكن أن تنشأ عن تنفيذ العقد المزمع توقيعه بين عميله والطرف الآخر ، ومن ثم فعليه البحث عن رغبات الأطراف فيما يتعلق بحل مثل هذه المشاكل قبل البدء فى صياغة العقد (١٥) .

الفرع الثانى : اختيار الكلمات والدقة اللغوية

لا شك أن العلاقة بين التفكير الموضوعى والتعبير اللفظى عن هذا التفكير ليست دائمًا ملاحظة ، ولكن اللغة دائمًا تعمل بتلاحم بين التفكير والتعبير اللفظى للمساعدة فى صياغة العبارات ونقل الفكرة إلى الواقع بواسطة شىء مكتوب (١٦) .

كما أن تطبيق المبادئ الرئيسية فى الصياغة مثل حسن اختيار الكلمات والعبارات يهدف إلى النقل الحقيقى للفكرة الموضوعية إلى الواقع كما هى فى ذهن صاحبها ، وأى غموض أو تعارض بين الفكرة والمكتوب يؤدى إلى عدم الاتفاق ، نظرًا لإخلال ذلك بالمبادئ العامة من تطابق الإيجاب والقبول واتفاقهما على الموضوع محل العقد .

واستخدام الكلمات والعبارات فى العقود التجارية الدولية أو أى وثيقة قانونية أخرى بما يخالف معناها المعتاد المتعارف عليه ، قد يكون سببًا فى تعدد التفسيرات التى تؤدى فى النهاية إلى كثرة النزاعات ومن ثم إلى عدم الاتفاق بين الأطراف فى العقود التجارية أو المعنيين بالوثيقة ذاتها ، لأن وضع الكلمات أو الكلمة فى الجملة أو الجمل هو الوسيلة الرئيسية لإظهار وإبراز علاقتها مع بعضها البعض . فأى مستشار قانونى يقوم بصياغة عقد من العقود يجب عليه أن يجمع الكلمات أو مجموعة الكلمات التى تتصل ببعضها أو تكون منبثقة عن بعضها أو متصلة فى التفكير مع بعضها ، وتجنب تلك التى ليست لها علاقة بهدف توضيح المعنى (١٧) .

أيضـا من المهم جـداً أن يتم التـأكـد من أن كل كلمـة أو عـبـارة فى العـقـد قـد تم استـخدامـهـا بعناية بحيث تعكس المعنى المتعارف عليه لهذه العبـارة من قبل أطراف العقد ، وذلك لتضييق هوة واحتمال الاختلاف على التفسير ، بالإضـافة إلى زيادة الدقة والوضوح لتسهيل ذلك وتوضيحه لكل من يقرأ الوثيقة مستقبلاً ، أو يقوم بتفسير ، أو تطبيق العقد من قبل الجهة المختصة ، سواء المحكمة أو أى هيئة قضائية أخرى ذات علاقة بنظر أى نزاع محتمل ، فيما لو نشأ مثل هذا النزاع حول تفسير هذه الكلمات والعبارات المضمنة فيه (١٨) .

المبحث الثالث

وضوح الصياغة

لا شك فى أن غمـوض النص وعدم وضـوحـه يؤدى إلى تفسيرات متعددة . ومن أسباب غموض النص وعدم وضوح المعنى فى العقود التجارية عموماً عدم الاستخدام السليم للمقيدات النحوية وضمائر الإشارة والوصل . فعلى الرغم من أن العقد ليس قطعة أدبية ، إلا أن صياغته بطريقة لغوية صحيحة من الناحية النحوية ، هو شىء ضرورى لتوضيح المعنى المقصود . لأن الخطأ فى القواعد النحوية أو الإملائية قد يؤدى إلى غموض يتسبب فى تغيير المعنى ، خاصة إذا كانت الصياغة بلغة أجنبية أخرى غير اللغة العربية ، تكون فيها لقواعد الكتابة والمقيدات النحوية واللغوية ضرورة كبيرة لتحديد المعنى الحقيقى للعبارات والكلمات . مثلا للشواطر الكتابية (أو علامات الترقيم كما يسميها البعض) ، والفواصل (Punctuation) ضرورة ملحة فى كثير من اللغات كاللغة الإنجليزية . لأن الشواطر الكتابية تحدد علامات الوقف المستعملة لبيان نهاية الجملة ومقاطعها . والشواطر الكتابية هى : الفاصلة (،) والفاصلة المنقوطة (؛) والنقطة (.) والشرطة (–) وغيرها . فاستخدام الفواصل فى كثير من اللغات يسهل فهم المعنى المقصود من قبل الأطراف إذا تم استخدامها الاستخدام الصحيح (١٩) .

أيضاً من أسباب الغموض عدم وضع ضمير الإشارة الوضع الصحيح فى الجملة. فإذا كان الضمير فى موقع فى الجملة بعيداً عن الشىء الذى يشير إليه ، فقد يؤدى

إلى اختلاف التفسير وحصول النزاع بين الأطراف مما قد يؤدى إلى تأخر تنفيذ الاتفاق [٢٠] . كل ذلك يمكن تجنبه بوضع الضمير بقدر الإمكان قريبًا من الكلمة أو العبارة التى يشير أو يعود إليها ، مع التأكد أن الاثنين متفقان فى التثنية والجمع أو التذكير والتأنيث .

وفى كثير من الأحيان يكون ضروريًا ذكر الاسم الذى يعود إليه الضمير عندما يكون السياق متطلبًا له ، لأن عدم ذكر ذلك قد يُوجِد فراغًا وإبهامًا كبيرين يؤديان إلى تغيُّر المعنى بشكل يجعل المعنى المقصود غير واضح أو يختلف تمامًا عما هو مكتوب . وعليه ففى مثل هذه الحالة يستحسن أن يستبدل الضمير باسم الشخص أو الشىء الذى يشير إليه ، أو أن يتم تعديل الصياغة بما يجعل المعنى أكثر وضوحًا ودقة ، كالإشارة مثلاً فى العقد إلى الشركة دون ذكر اسمها أو طبيعة عملها ، والذى قد يكون كافيًا عندما تكون هناك شركة واحدة فقط معروفة للأطراف المتعاقدة ، ولكن عندما يكون هناك أكثر من شركة لها علاقة بالعقد فمن الأفضل أو الأكثر أمانًا أن تتم الإشارة إلى كل شركة معينة باسمها ما لم يكن واضحًا من السياق أن المقصود هو الشركة المشار إليها [٢١] .

كذلك من وسائل الإيضاح للمعنى المقصود فى العقود التجارية استخدام الجمل القصيرة والسهلة والابتعاد عن التطويل الزائد الذى لا فائدة منه ؛ وذلك حتى لا يفقد القارئ المعنى الحقيقى الذى يهدف إليه الأطراف . ولتسهيل عملية الصياغة من الناحية اللغوية – وبخاصة القواعد النحوية – يستحسن أن يتم وضع فقرة فى العقد توضح الإشارة إلى المفرد والجمع.وأن كلاً منها يعنى الآخر ، وأن الإشارة إلى المذكر تشمل المؤنث والعكس بالعكس .

وقد يكون غموض النص مقصودًا فى كثير من الأحيان إذا كان الموضوع قانونًا أو نظامًا ، وذلك بقصد إعطاء الجهة الإدارية المصدرة له حرية الحركة والمرونة فى تفسيره بما يتفق وأهدافها من إصداره .

ولكن فى العقود التجارية عمومًا يعتبر الوضوح مطلبًا أساسيًا لمنع أى تعارض فى التفسير ومن ثم نشوء النزاع . كما أن التحقق من المعنى الضمنى الذى يماثل المعنى

الصريح هو إلى حد بعيد الاعتراف باللغة المعروفة والاستعمال المتعارف عليه (٢٢). لذا فعلى من يقوم بالصياغة مسئولية كبيرة لرؤية النسخة النهائية عند قراءتها فى السياق الطبيعى والمعتاد والتأكد من أنها لا تتضمن أى غموض غير مكتشف .

والوضوح يمكن أن يتحقق باختيار اللغة السهلة والعبارات الصريحة التى يمكن أن تُنجَز بدرجة من الدقة تتوافق مع أهدف العميل ، مع تحاشى الدخول فى التفاصيل التى قد يكون لها أثر عكسى هو جعل العقد مكتوبًا بلغة معقدة يصعب فهمها ومن ثم تطبيق ما يتضمنه من شروط والتزامات (٢٣) .

ورجل الصياغة ذو الخبرة القانونية تتكون لديه نظرة ثاقبة لاكتشاف الغموض والتعارض من خلال الخبرات العملية والبحث والاستقصاء ، لأن عدم الإحاطة مسبقًا بما تم بين الأطراف يؤدى إلى عدم الفهم لما تمت صياغته ، ومن ثم تنشأ الحاجة إلى تعديله أو إعادة تحسينه بما يتفق والهدف الذى ينشده الأطراف من العقد .

ولتحسين الصياغة هناك قواعد وتقنيات يستحسن اتباعها عند الصياغة لوضع الفكرة فى مكانها الصحيح ، ومن هذه التقنيات الانسجام Consistency ، والتنسيق السليم Sound Arrangement ، والاستخدام المعتاد والمتعارف عليه Normal usage لإيضاح الفكرة ونقلها إلى القارئ كما تم الاتفاق عليها مسبقًا للحد من النزاع حول المقصود منها والحيلولة دون التفسيرات المتضاربة لما تهدف إليه وتعنيه (٢٤) .

أيضًا من أساليب الصياغة السليمة وضع الأفكار فى صيغة تكون كل نقاطها مرتبة بطريقة هرمية وتسلسلية متناسقة ليسهل فهمها ، ولتكون واضحة ومترابطة بعلاقاتها مع بعضها البعض ، لأن ذلك يُسهِّل الوصول إلى الناتج الحقيقى والنهائى ، وعليه فلا بد لمن يقوم بالصياغة من اتباع الخطوات التالية (٢٥) :

أ - أن يحدد المستشار الذى يقوم بصياغة العقد موقعه فى عملية التفاوض إن كان سيشارك فى ذلك ، وماذا ينوى إنجازه منها .

ب - أن يحدد الموضوع الذى يرغب فى تغطيته خلال المادة التى يعتزم صياغتها ، ومن ثم يقوم بترتيب وتنظيم أفكاره عند التعبير عن ذلك بطريقة يسهل فهمها ويمكن الإشارة إلى محتواها وفهم معناها بكل سهولة وبأقل جهد ممكن .

وهذا يعنى أن يكون نطاق كل مادة محدداً بحيث تكون المادة محصورة فى معالجة موضوع معين محدد منذ البداية . فإذا كان الموضوع الذى تتحدث عنه المادة موضوعًا متشعبًا ، فلا بد من تقسيم المادة إلى فقرات تتحدث كل فقرة عن موضوع معين ومحدد لنقل الفكرة المقصودة بوضوح تام . ويمكن أن تُقسَّم الموضوعات بين مواد متعددة كل مادة تتحدث عن موضوع معين من هذه الموضوعات ، بحيث يمكن جمع عناصر كل موضوع فى جزء أو باب محدد من العقد ، ثم وضع ذلك بطريقة تسلسلية مرتبة تأخذ بعين الاعتبار الأولوية فى توضيح كل نقطة أو فكرة من الأفكار أو النقاط التى تحتويها المادة قبل التى تليها ، ومن ثم يكون البناء الهرمى للعقد من الأعلى إلى الأدنى . مثلاً ؛ كل موضوع من مواضيع العقد يأخذ شكل جزء ، ثم يأخذ كل جزء شكل الفقرات ثم الأجزاء الأقل ، حتى يمكن حصر الموضوعات والنقاط المتعلقة ببعضها البعض فى جزء محدد من العقد .

جـ - فى بعض الأحيان يتم إعداد مقدمة التعاقد أو مذكرة التفاهم فى نهاية مرحلة المفاوضات الشاقة لتعكس الاتفاق التجارى التام للأطراف ، وفى أحيان أخرى قد يتم إعدادها منذ البداية لتركيز التفكير والذهن أو القيام بالتصرف كشكل من أشكال جدول الأعمال لغرض التفاوض . مثل هذه الأنواع من مقدمات التعاقد عادة يستعاض عنها بمحضر الاجتماع أو صورة أخرى من مقدمة الاتفاق على التعاقد ، لذا فمن الضرورى النص صراحة على أن أى صورة أخرى أو محضر اجتماع سوف يحل محل كل النماذج أو الصيغ السابقة .

د - لا بد من تحديد معانى بعض الاتصالات المتبادلة ومحاضر الاجتماعات التى تم عقدها حول موضوع التعاقد ، وهل هذه مجتمعة أو منفردة لها أى قيمة تعاقدية مهمة ؟ أو هل أى منها منفردة أو مجتمعة يمكن أن ينشئ أو يدعم أى ادعاء بأنها تحمل ضمانات معينة أو هل هى مؤشر لتحديد المسئولية ؟. كما يجب أن يتم وضع تاريخ اليوم الذى تم فيه إعداد الوثائق أثناء فترة التفاوض ، وأن يتم النص فيها على أنه فى حالة عدم حصول اتفاقات مستقبلية وقادمة بين الطرفين فى خلال مدة محددة ، فإن الاتفاق المقترح

والمنصوص عليه فى الوثيقة سوف.يعتبر منتهيًا قانونًا وينتهى مفعوله ومن ثم لن يكون لأى طرف أى ادعاء ضد الطرف الآخر فيما يتعلق بالموضوع المنصوص عليه فى هذه الوثائق . ولا شك فى أنه سيتجمع لدى الشركة أو التاجر بعد عملية التفاوض مجموعة من الوثائق القابلة للتنفيذ قانونًا ، لذلك فالخطوة التالية التى يتعين اتخاذها هى إرسالها إلى محامى الشركة أو المستشار القانونى للتاجر لوضع ما تضمنته فى صيغة قانونية سليمة . ولا بد على المستشار القانونى هنا التنبه إلى استثناء كل الاتفاقات والمراسلات السابقة على التعاقد واعتبارها كأن لم تكن والإشارة إلى أن العقد الموقع بين الأطراف قد حل محلها .

هـ - لا شك أن أى ترتيب وتنظيم معين يعكس فكرة معينة ومحددة . كما أن ما يعتبر ملائمًا من وجهة نظر واحدة قد لا يكون الأفضل من وجهة نظر أخرى ، لذلك يجب على من يقوم بالصياغة أن يكون متأكدًا من أنه بصياغته للعبارات والكلمات يعكس وجهة النظر التى تحمى وتخدم عميله بأفضل قدر ممكن .

و- كل عقد تجارى يعتبر قانونًا مكتوبًا ، وبذلك فهو وسيلة اتصال بين أطرافه وبينهم وبين الآخرين الذين لهم علاقة بتنفيذه . لذلك يجب أن يكون العقد متوازنًا وغير مجحف حتى لايصل إلى حد الإذعان مما قد يولد حساسية فى تطبيقه بطريقة سليمة سواء من قبل الأطراف أو من قبل المحكمة التى قد ترى فيه نوعًا من إجحاف طرف بحقوق الطرف الآخر فيه ، ومن ثم تقوم بإلغاء ما تراه غير معقول أو قانونى ، خاصة إذا كان النزاع معروضًا على قضاء لديه قانون خاص بمثل هذا المعنى [٢٦] .

ز - ترتيب فقرات العقد ترتيبًا سليمًا ومنطقيًا ، خاصة الشروط المضمنة فيه، والمتعلقة بالتصرفات والحقوق والامتيازات ، أو المسئوليات للأشخاص الآخرين من وجهة نظر الأشخاص الذين يتأثرون بها . وهذا يعنى صياغة العقد بحيث يكون متناسقًا فى تركيب مواده والموضوعات التى تحتويها كل مادة منه ؛ لأن التنسيق الجيد للأفكار يعطى العقد أو أى وثيقة قانونية قوة لغوية تجعل من السهولة على قارئ هذا العقد أو الوثيقة القانونية فهم معانيها ، كما أن تناسق الأفكار الموضوعية التى يتضمنها العقد يُسهِّل فهم محتواها وتفسيرها .

والتنسيق بين الأفكار هنا نستخدمه بمعناه الواسع الذى يشمل التنسيق العام للأفكار إجمالاً ، ووضعها فى عبارات قانونية ملزمة واضحة وغير غامضة حتى لا يمكن تفسيرها بما يخالف ما قصده الأطراف أو بخلاف ما يرغب فيه العميل . كذلك يشمل التنسيق بصورة عامة تنظيم كل فقرات العقد التجارى الدولى بحيث تكون الموضوعات التى يتضمنها العقد متتابعة بالإضافة إلى التناسق بينها ، والشمولية فى الأفكار التى تطرحها وتتحدث عنها بطريقة متتابعة ومنظمة . كل هذا يهدف إلى ترجمة رغبات العميل إلى واقع ملموس وبما يخدم مصلحته على أفضل وأكمل وجه ، خاصة عندما يكون هناك رغبة معينة للعميل يهدف إلى تنفيذها ويجد فى ذلك صعوبة ، مما يجعل المستشار القانونى الذى يقوم بصياغة العقد يبحث عن وسيلة لتجاوزها ، وذلك بشرح أفضل الطرق للعميل ليسهل عليه تقبلها إن كان من العارفين بالقانون أو متمرساً فى تجارته ، ويرغب فى معرفة خطوات ومحتوى ما يقوم به محاميه ، ولكن تنفيذ ذلك يتطلب بعض الجهد من المحامى لإقناع عميله بما يرغب فى تنفيذه .

ويُعدُّ من التنسيق أيضًا اتخاذ العناية التامة عند استخدام الشروط فى العقد والاستثناءات التى تتضمنها المواد أو بعضها فى العقد . ويعنى ذلك أنه لا بد من ملاحظة ما إذا كانت المادة الوارد الاستثناء فيها تتفق بحالها فى العقد أم أن هناك مواد أخرى تحيل إليها فى العقد وهذه الإحالة قد تكون للمادة كاملة كما هى دون الشروط أو الاستثناءات الواردة فيها . وفى حالة الحاجة إلى الإشارة فى مادة ما إلى موضوع سبق ذكره ومعالجته فى مادة أخرى فى نفس العقد دون ذكره صراحة ، فيجب أن يتم ذلك باستخدام إشارة لغوية مثل "أعلاه" أو "أدناه" أو "سابقًا" أو "لاحقًا" ، وأن يتم اختيار هذه الإشارة اللغوية بعناية تامة حتى لا يختلط المعنى المقصود بمعنى آخر قد يكون محل أَخْذ وردّ بين الأطراف ، وأن تؤدى الإشارة أو الإحالة إلى جعل الموضوع واضحًا لا غبار عليه بحيث يتم فهم المعنى المقصود ويبعد الغموض عن المادة .

ح – فى العقود التجارية التى قد تحتاج إلى تعديل لا بد من إدراج شرط إجازة التعديل عند الحاجة إليه ؛ لأن جواز التعديل يعتبر ضمانًا وتأمينًا ضد أى خطأ أو تغيُّر فى الظروف مما قد يؤدى إلى خسارة لأحد أطراف العقد التجارى أو أى طرف آخر له علاقة به بطريق غير مباشر كالمتعاقد من الباطن

مثلاً ، أو لمن تكون الوثيقة القانونية أنشئت لخدمته فى المستقبل . وعلى المستشار الذى يقوم بصياغة شروط العقد أن يقدر مَن من أطراف العقد قد يحتاج لأن يلجأ إلى استخدام هذا الشرط .

ط - أن يكون ترتيب وتنظيم فقرات العقد وشروطه ترتيبًا عمليًا يسهِّل عملية الفهم على القارئ . وهذا يتطلب ممن يقوم بالصياغة أن يتجنب فى ترتيبه وتنظيمه للعقد الشروط التى تشير فى مضمونها إلى شروط أخرى فيه أو جزء منه أو فقرات منه ، أو الإكثار من هذه الشروط أكثر مما هو ضرورى وحتمى . وإذا كانت عملية الإشارة إلى شروط أو فقرات أخرى فى العقد شيئًا ضروريًا فإن ذلك يتوقف على عملية الترقيم لمواد العقد وما تتضمنه من فقرات . وعملية ترقيم المواد فى صياغة العقد تختلف من نظام إلى آخر . فنجد عادة أن ترقيم المواد يتكون من ترقيم هرمى مكون من الأرقام الرومانية والعربية والأحرف الهجائية خاصة فى العقود الطويلة . والهدف من نظام الترقيم هذا هو وضع طريقة سهلة للإحالة أو الإشارة لكل جزء أو فقرة من العقد .

والطريقة الأخرى هى استخدام الأرقام مفصولة بالشرطة هكذا (١ - ١ - ١) ، بحيث يكون الترقيم كالتالى :

المادة الأولى تكون مادة (١.) والفقرة فى هذ المادة تكون (١-١) والفقرة الأدنى من السابقة تكون (١-١-١) ، وهكذا خلال كامل العقد لأى مستوى أدنى كلما دعت الحاجة إلى ذلك . وعند استخدام هذا النظام - وهو الأمثل - فلا حاجة إلى الإشارة إلى مادة أو فقرة أدنى أو فرعية من فقرة ما . وتكون الإشارة فى مثل هذه الحالة بذكر الرقم للفقرة الأصلية والفرعية ، أى بذكر رقمها كاملاً دون حاجة لكتابتها . ومثل هذا الترقيم أيضًا يمكن أن يستخدم فى الجداول وملاحق العقد الملحقة به ، وذلك لتسهيل عملية الإشارة لها كلما دعت الحاجة لذلك ، على أن يكون كل ملحق أو جدول على حدة .

كما أن العنونة فى العقد شيء ضرورى خاصة فى العقود الفنية المعقدة التى تتضمن الكثير من التفاصيل مما يتطلب أن تكون طويلة فى كثرة المواد التى تتضمنها ، بهدف النص على كل الحقوق والالتزامات لأطراف التعاقد لتنفيذها والعمل بها ، لذلك يستحسن وضع عناوين لكل قسم من أقسام العقد ، سواء كانت مواد فى صلب العقد

أو جداول ملحقة به ، وذلك بغرض تسهيل مهمة القارئ . كما أن وضع هذه العناوين مفيد جداً ومساعد مع فهرش المحتويات فى العقد ، إلا أننا نفضل ألا تكون هذه العناوين معتبرة كجزء من العقد ، وذلك بأن يتم النص على أنها لا تعتبر جزءاً منه . ويكون ذلك بوضع مادة فى العقد تحدد أن مثل هذه العناوين يقصد بها تسهيل عملية الإشارة وليست معتبرة كجزء أو من ضمن العقد (٢٧) . وتكون صياغة مثل هذه المادة كما يلى :

- " العناوين فى هذا العقد فقط لتسهيل عملية الإحالة أو الإشارة ، ويجب ألا تؤخذ بعين الاعتبار عند التفسير أو التأويل لأى فقرة من فقرات العقد التى وضعت لها كعناوين ..." ، أو :

- "عناوين المواد فى هذا العقد فقط لغرض الوصف ، ويجب ألا يكون لها قوة ملزمة أو أن تؤدى إلى تعديل للمعنى فى هذا العقد كما تم النص عليه فى نصوص هذا العقد ، وألا تحدد أو تُهْمِل أو تُوَسِّع من نصوص هذا العقد ".

ى ـ من المحاذير التى يجب على من يقوم بالصياغة تجنبها ، اللجوء دون تفكير لنماذج العقود السابقة . فعلى من يحتاج إلى استشارة مثل هذه النماذج أن يتفحص نماذج العقود السابقة بدقة كاملة ، لأن ما كان صالحاً لعقد فى السابق قد لا يكون كذلك فى الوقت الحاضر ، حتى ولو كان موضوع العقد مطابقاً أو متشابهاً إلى حد كبير ؛ وذلك نظراً لاختلاف مكان التنفيذ والقوانين التى تحكم كل عقد .

ك ـ قبل البدء فى الصياغة لا بد من التأكد من الحصول على كافة الوثائق ذات العلاقة بالموضوع مثل الدعوة لتقديم العطاء ، والاتفاقات السابقة إن وجدت كالخطابات المرسلة والمرفقات ، والفاكسات المتبادلة ، والتلكسات السابقة التى تم إرسالها وتبادلها بقصد شرح نقاط معينة حول العقد أو موضوعه . فكل ذلك يعتبر المادة الخام الأولية التى تفيد المستشار الذى يقوم بالصياغة ، لأن مثل هذه الوثائق مفيدة فى توضيح ما توصل إليه الأطراف . وقد يكتشف مستشار التاجر أو محامى الشركة الخطأ الذى لم يفكر فيه التاجر أو المسئولون فى الشركة وما سوف ينتج عنه من مشاكل متعددة ، لذلك على

العميل أن يهيئ للمحامى كل الوثائق والمواد التى قد توضح الظروف والأسباب التى دعته إلى الدخول فى العقد التجارى أو الاتفاق الذى تمت كتابته بتلك الطريقة .

ل - تُعدُّ التعاريف لبعض الكلمات أو المصطلحات الواردة فى العقد مهمة جداً، حتى أصبح من المتعارف عليه فى العقود التجارية الدولية وضع مادة مستقلة بالتعاريف تكون عادة أول مادة فى العقد . هذه المادة تضع مبدئيًا تعريفات لعبارات وكلمات سوف ترد فى صلب العقد أو الوثيقة القانونية محل الصياغة . ومثل هذه المادة لها أهمية كبيرة جداً لأنها تحصر معنى هذه العبارات أو الكلمة فى التعريف الوارد فى العقد فقط ، بحيث يتم اللجوء إلى هذا التعريف عند الاختلاف عليه أو لجوء القاضى إليه لاستجلاء الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة وما ذهبت إليه نيتهم أثناء التعاقد ، لأن اتفاق الأطراف على تعريف معين ومحدد يحصر الخلاف ويمنع اختلاف وجهات النظر أو التفسيرات فيما لو أن الكلمة أو العبارة تحمل معنى شائعًا غير ما تم الاتفاق عليه . والتعريفات عادة لا تكون إلا للكلمات التى تحتمل عدة معانٍ أو تستخدم فى أكثر من موقع فى العقد ، مثل تعريف البائع والمشترى والسعر والبضاعة ... إلخ . فتعريف مثل هذه العبارات والمصطلحات شىء ضرورى لتوضيح المقصود منها.

ويمكن الإحالة فى تعريفات بعض الجمل والفقرات إلى تعريفات متفق عليها فى قواعد أو نماذج معينة منشورة ومتداولة مثل تعريف مصطلحى (.F.O.B و C.I.F.) ، أو غيرهما من مصطلحات التجارة الدولية التى تم وضع تعريفات لها متفق على معانيها عالميًا . ويمكن الإحالة إلى معناها كما ورد فى هذه النشرات مثل نشرة Incoterms التى أصدرتها غرفة التجارة الدولية ICC ، والتى يتم تعديلها عادة كل عشر سنوات لإضافة أو حذف بعض المصطلحات متى ما تم الاتفاق بين الدول التجارية على ذلك . ويتم النص على تطبيقها على العقد التجارى بين الأطراف كما هو منصوص عليه فى آخر تعديل متفق عليه [٢٨] ، أو يتم النص على أن المعنى المقصود هو المعنى الوارد فى آخر تعديل جرى على هذه المصطلحات فى تاريخ معين أو فى تاريخ التوقيع على

العقد من قبل الأطراف ، وذلك ليتماشى التعديل على هذه الصيغ بعد التوقيع بما قد يزيد أو يعدل من معانيها .

مادة التعريفات هذه تُعْنَى بتحديد معانى الكلمات والعبارات فى العقد ، لذلك يستحسن أن يتم تأخيرها حتى الانتهاء من صياغة العقد كليًا بهدف التأكد من أن كافة ما يحتاج إلى تعريف من كلمات وعبارات تمت تغطيته فى هذه المادة بتطابقه مع المعنى الوارد فى الفقرة نفسها .

ويُعدُّ من ضمن التعريفات الإشارة إلى كل من أطراف العقد ، وكيفيتها خلال مواد العقد عندما تدعو الحاجة إلى ذلك . فالتعريف بأطراف العقد عادة يتم بالإشارة إلى الاسم كاملاً والعنوان والموطن القانونى لكل طرف والذى يمكن الحصول عليه فيه أو مكاتبته عليه عند الحاجة إلى إرسال إشعار له أو إعلانه قضائيًا أو قانونيًا : فمثلاً فى حالة الشخص الاعتبارى لا بد من ذكر كافة التفاصيل حول الشركة مثل مقر التسجيل إذا كان هناك مقر تسجيل لها أو مقر العمل الرئيسى إذا لم تكن مسجلة .

أما بالنسبة للأطراف المتعاقدة فيمكن التعريف بهم أو الإشارة إليهم فى العقد سواء بواسطة التعريف بالاسم أو بطبيعة المهنة . ولكن من الأفضل تعريف وتحديد الأطراف المتعاقدة فى مقدمة العقد عند التعريف بهم ؛ لأن التعريف بهم فى مقدمة العقد أفضل من مادة التعريفات ، خاصة إذا ورد ذلك فى الحيثيات بتفصيل كافٍ وشامل لكل منهم (٢٩) .

وفى حالة ما إذا كانت أسماء الأطراف المتعاقدة طويلة أو متقاربة ، فمن الأفضل التعريف بالأطراف بتعريف له علاقة ومتصل بمهنة الطرف ذاته دون اختصار للاسم أو لطبيعة المهنة أو العمل ؛ مثلاً فى عقود البيع والشراء بين شركة أرامكو وشركة سيمينز الألمانية ، نجد أنه من الأفضل تعريف الأطراف بالبائع والمشترى ، والفائدة من ذلك جعل العقد أكثر فهمًا وسهل التكييف كعقد نموذجى فى المستقبل لموضوع مماثل بين العميل وأى عميل آخر ، خاصة إذا كان مثل هذا العقد سوف يتكرر مرارًا من قبل أحد الأطراف فى تعاقداته المستقبلية مع أطراف أخرى غير مَنْ تعاقد معه ؛ مثل عقود التوزيع بالعمولة (٣٠) .

والأمثلة التالية تبين كيفية صياغة تعريف وتحديد أطراف العقد فى مقدمته : -

الأول : هو نموذج لمقدمة اتفاق بين شركتين محدودتى المسئولية مثل :

"تم هذا الاتفاق بين شركة أكما الصناعية المحدودة ، والمسجلة فى ... (البائع)، وعنوانها ... ويمثلها فى التوقيع على هذا العقد..... كطرف أول .

وبين

شركة أكولترال للتجارة المحدودة ، والمسجلة فى .... (المشتري) ، وعنوانها ... ويمثلها فى التوقيع على هذا العقد..... كطرف ثان .

الثانى : " تم هذا الاتفاق بين :

(1) الشركة الهندسية المتحدة ، شركة مسجلة ومنظمة وفقًا لقانون دولة ... ، ومقر عملها الرئيسى فى مدينة .... دولة ....(المقر الرئيسي) وعنوانها ... ويمثلها فى التوقيع على هذا العقد ..... كطرف أول .

وبين

(2) شركة أمت المحدودة والمنظمة والمنشأة وفقًا لقانون ... والمسجلة فى ..... وعنوانها ... ويمثلها فى التوقيع على هذا العقد ..... (الموزع) كطرف ثان .

الثالث : فى يوم ..... الموافق ... تم الاتفاق على .... بواسطة وبين :

(1) شركة ..... المنظمة وفقًا للقانون الإيطالى والمسجلة فى ..... ، ورأسمالها ..... ، ورقم تسجيلها ..... فى سجل الشركات فى ...... (المشترى)

وبين

(2) ..... ، شركة عامة منظمة وفقًا للقانون ...... ورقم تسجيلها ..... ومقر تسجيلها فى ...... (البائع) .

م - يأتى بعد مادة التعريفات عادة ، خاصة فى بعض العقود التى تتطلب ذلك وفقًا لما تفرضه طبيعة موضوع العقد ، مادة أخرى هى مادة الشروط المسبقة ، وتسمى

باللغة الإنجليزية ، وهى لغة التجارة الدولية ، Condition Precedent . والشروط المسبقة هى التى تكون متطلَّبة التنفيذ أولاً . مثل هذه المادة تشترط أن كامل العقد بما تضمنه من شروط لا يكون نافذًا فى حق الطرف الآخر أو أن بعض فقراته لا تكون عاملة وتطبق إلا إذا تم تنفيذ شروط أخرى محددة . مثل الشروط المتعلقة بتسليم وثائق محددة كضرورة الحصول على رأى قانونى عن مدى قانونية الاتفاق من عدمه ، أو الحصول على تصاريح أو رخص محددة ، أو استلام تأكيد من جهة مختصة .... إلخ . مثل هذه الشروط المسبقة تكون مهمة جدًا ، لأنها تحمى الطرف صاحب المصلحة فى تحقق هذه الشروط أو الشرط من أن يكون ملزمًا بشرط موضوعى فى العقد ما لم يتم تنفيذ شروط أخرى ، أو تنفيذ الأشياء الضرورية والمهمة للعقد ، أو التعامل التجارى من وجهة النظر هذه . فمثلاً ، فى عقد الحصول على قرض من أحد البنوك التجارية لتمويل صفقة تجارية أو بناء مشروع معين أو تنفيذ عقد تجارى دولى ، نجد أن التعامل الدولى جرى على أن عقد القرض هذا يتطلب أن البنك المقرض ، وقبل أن يكون ملزمًا بتسليم النقود إلى المقترض ، لا بد أن يتسلم رأيًا قانونيًا يبين أن الضمانات صحيحة ونافذة وقانونية (٣١) .

الهوامش

(١) William F. Fox, Jr., op. cit., p. 114 .

(٢) Robert Bradgate : Drafting Standard Terms of Trading, p. 16, (Longman Group UK Ltd,1991) .

(٣) Tom Goldstein and Jethro K. Lieberman : The Lawyer's Guide to Writing Well, P. 54-55, (University of California Press, 1989) .

- Dianna Booher : Would you Put that in writing ? : How to write your way to success in Business, p. 10-11, (Maple Vail Book Manufacturing Group, 1992) .

- Robert Bradgate, op. cit., p. 17 .

(٤) Robert Bradgate, op. cit., p. 20 .

(٥) George D. Gopen : Writing From A Legal Perspective, p. 58-73, (West Pu-plishing Co., 1981)

- Robert Bradgate, op. cit., p. 21-23 .

(٦) Robert Bradgate, op. cit., p. 16 .

(٧) William F. Fox, Jr., op. cit., p. 113 .

(٨) Barry Nicholas : French Law of Contract, p. 31, (Butterworths, London,1982) .

(٩) William F. Fox, Jr., op. cit., p. 115 .

(١٠) E. Piesse : The Elements of Drafting, p. 1, (The Law Book, Co; fifth ed. Aitken 1976, Australia).

(١١) Barry Nicholas, op. cit., p. 55 .

- Reed Dickerson, op. cit., p. 51-62 .

(١٢) William F. Fox, Jr.op. cit., p. 119-127 .

(١٣) Barry Nicholas, op. cit., p. 56-138.

(١٤) Frank E. Cooper : Writing in Law Practice, (Bobbs- Merrill, 1963), p. 273-274 .

(١٥) Reed Dickerson, op. cit., p. 53-54 .

(١٦) Ibid., p. 15 .

(١٧) Tom Goldstein and Jethro K. Lieberman, op. cit., p. 101-105 .

(١٨) Reed Dickerson, op. cit., p. 17 .

- Dianna Booher, op. cit., p. 11 .

- Tom Goldstein and Jethro K. Lieberman, op. cit., p. 168 .

(١٩) Tom Goldstein and Jethro K. Lieberman, op. cit., p. 171-175 .
- Dianna Booher, op. cit., p. 77-80 .

(٢٠) Tom Goldstein and Jethro K. Lieberman, op. cit., p. 146-148 .

(٢١) Reed Dickerson, op. cit., p. 103 .

(٢٢) Reed Dickerson, op. cit., p. 38 .

(٢٣) Ibid., p. 41 .

(٢٤) Reed Dickerson, op. cit, p. 16-17 .

(٢٥) Ibid., p. 81-99 .

(٢٦) كما هو الحال فى بريطانيا حيث يوجد قانون يسمى Unfair Contract Terms Act والذى بموجبه قد يتم إلغاء أو الحد من فعالية بعض الشروط فى العقد التى يتضح أنها غير عادلة فى حق طرف من أطراف العقد .
- Robert Bradgate, op. cit., p. 76-90 .

(٢٧) Reed Dickerson, op. cit., p. 199 .
- A. G. J. Berg, op. cit., p. 70-71 .
- Richard Christou, Boilerplate : Practical Clauses, op. cit., p. 20-21 .

(٢٨) مصطلحات التجارة الدولية INCOTERMS كما هى آخر تعديل عام ١٩٩٠م الصادر من قبل غرفة التجارة الدولية فى باريس .

(٢٩) A.G. J. Berg, op cit., p. 6 .

(٣٠) A. G. J. Berg, op. cit., p. 16-17 .

(٣١) A. G. J. Berg, op. cit., p. 56-72 .

الفصل الثانى

إبداء الرأى القانونى حول العقد التجارى الدولى

فى العقود التجارية الدولية خاصة الكبيرة منها مثل عقود البيع والشراء الدولى بين الشركات والمؤسسات التجارية أو عقود القروض والتمويل ، يعد طلب الرأى القانونى للمستشار القانونى - خاصة المستشار الخارجى - شيئًا ضروريًا ، بل قد يعتبر شرطًا مسبقًا لانعقاد العقد أو التوقيع عليه (١) . كذلك يعتبر شيئًا عاديًا وشائعًا فى التعاملات البنكية الدولية أن يطلب البنك المقرض الرأى القانونى للمستشار الخارجى ليؤكد صحة الوثائق التى تثبت عقد القرض مع المقترض (٢) .

والغرض من طلب الرأى القانونى فى مثل هذه التعاملات التجارية الدولية أن يتأكد أحد أطراف العقد أن كل الوثائق القانونية المتعلقة بموضوع العقد نافذة وصحيحة حتى يمكن للعقد أن يؤدى النتيجة المرغوبة من قبل أطرافه .

لذا فإن الرأى القانونى قد يعتبر من المتطلبات المهمة التى لا بد من استكمالها حتى ينعقد العقد ، حيث قد يتوقف انعقاد العقد على وجوده باعتباره من الشروط المسبقة التى لا بد من الوفاء بها من قبل الطرف المقترض الواجب عليه تقديمه .

ويُعَدّ طلب الرأى القانونى حكرًا فى كثير من مجالاته على الغرب الصناعى ، حيث يعتبر مطلبًا من متطلبات رجال الأعمال والشركات التجارية على النطاق الدولى . ولم يقع تحت أيدينا شيء مكتوب باللغة العربية حول طبيعة الرأى القانونى فى العقود التجارية الدولية وكيفية صياغته ، وكل الذى وجدناه مكتوب بلغة أجنبية ، حتى إن ما كتب بهذه اللغة عادة يتم التركيز فيه على الرأى القانونى بالنسبة لتعامل تجارى معين ومحدد ، مثلاً : الرأى القانونى اللازم لعقد القرض مع بنك ، أو العقد الخاص بنقل ملكية أو شراء أسهم شركة معينة .

أيضًا ليس هناك معنى محدد وشامل للرأى القانونى بصفة عامة (٣) . ولكن الرأى القانونى تم تعريفه فى أماكن عدة وضمن علاقات معينة ، فمثلاً هناك من عرَّفه بأنه

"رأى مكتوب يُسلَّم من قبل المحامى أو المستشار القانونى إلى عميله لتمكين العميل من اتخاذ تصرف محدد من عدمه ، أو بناء على طلب من عميله الذى يقوم بتسليم رأى قانونى مكتوب إلى طرف آخر من أطراف العقد أو التعامل التجارى باعتباره شرطًا مسبقًا لقفل التعاقد واعتبار العقد منعقدًا ...." (٤) .

أما معناه فى القاموس فهو "وثيقة معدة من قبل المحامى إلى عميله تتضمن فهمه للقانون كما هو مطبق على الوقائع المسلّمة له لهذا الغرض " (٥) . ويمكن أن يعرَّف الرأى القانونى ، خاصة بالنسبة للتعاملات التجارية الدولية ، بأنه "وثيقة رسمية مكتوبة معدة من قبل محامٍ توضح فهم المحامى للمبادئ القانونية المطبقة عمومًا على تعامل تجارى محدد ، أو يمكن تطبيقها على نواحٍ محددة من هذا التعامل" (٦) .

وبناء على ما تقدم يمكن أن نخلص إلى أن الرأى القانونى هو الرأى المقدم من مستشار قانونى لشركة أو مؤسسة تجارية بعد اطلاعه على الوثائق الخاصة بموضوع العقد أوالمتصلة به ، يوضح فيه رأيه القانونى حول النواحى القانونية الأساسية التى يكون لها أثر على العقد . ويتم تقديم هذا الرأى إلى العميل أو إلى الطرف الآخر فى العقد حتى يمكنه اتخاذ القرار النهائى حول موضوع العقد وتوقيع العقد من عدمه ، بناء على ما تضمنه الرأى القانونى من معلومات حول النواحى القانونية الأساسية التى يكون لها أثر فى اتخاذ القرار بالمضى قدمًا وتوقيع العقد أو الإحجام عن ذلك حتى استكمال ما يرغب الطرف الآخر فيه ويرى أنه ضرورى له حتى يُقْدِم على مثل هذا القرار .

وإعطاء رأى قانونى سليم مقنع من قبل المستشار القانونى لعميله أو لمن طلب الرأى القانونى منه ، يتطلب خبرة وتأصيلاً علميًا فى طبيعة الموضوع . والمحامى المؤهل والخبير فى طبيعة موضوع العقد الذى طُلِبَ منه إعطاء رأى قانونى حوله هو الذى يستطيع أن يكتب رأيًا قانونيًا يفى بالغرض المطلوب . وهذا بطبيعة الحال يتطلب وضع خطة دقيقة لصياغة رأى قانونى سليم ومتكامل ، ملبيًا لطلبات العميل ، ومتمشيًا مع القوانين السارية . وعليه فلا بد أن يقوم المستشار القانونى بتحديد نطاق الرأى القانونى أولاً ثم طبيعة الافتراضات التى يجب عليه أن يجيب عنها ، وتحديد التحفظات التى يرغب فى وضعها لتقييد نطاق الرأى القانونى ، والحدود اللازمة التى لا يرغب فى أن يتجاوزها هذا الرأى ، كما يراه المستشار ذاته .

وتحديد نطاق الرأى القانونى وطبيعته من المراحل الأولى المهمة لأى عقد تجارى دولى ، ويخدم أى تخطيط عملى للمستشار القانونى فى العملية التجارية . كما أن ذلك سوف يساعد على التعريف وتحديد الوثائق التى يحتاجها، ويتطلب إعدادها للعقد التجارى ، والتحقق والبحث الذى لا بد من اتخاذه، والموضوعات القانونية التى لا بد من تحديدها لعرضها فى الرأى القانونى .

المبحث الأول

تحديد نطاق الرأى القانونى

تحديد نطاق الرأى القانونى عمل مهم جداً وخطوة أولى لا بد من اتخاذها من قبل كل مستشار يطلب منه تقديم رأى قانونى فى عقد تجارى دولى ، بل يعتبر العمل الأول والمرحلة المهمة التى تحدد سلامة الصياغة لهذا الرأى من الناحية الموضوعية . لذلك فعلى المحامى أو المستشار القانونى الذى يطلب منه كتابة رأى قانونى حول عقد تجارى دولى معين أن يحدد مبدئيًا نطاق هذا الرأى الذى طُلِبَ منه تقديمه لعميله أو للشخص المُرْسَل إليه إذا كان غير العميل . ولا بد للمحامى من معرفة الخطوات الضرورية التى يجب عليه اتباعها عند إعطاء رأى قانونى فى أى تعامل تجاري ، وهذا شىء يتوقف على نوع التعامل التجارى وطبيعته ، والذى بناء عليه يتم تحديد الوثائق الضرورية واللازمة له .

هذه الخطوات الضرورية تبدأ أولاً بعرض لطبيعة التعامل التجارى ومن ثم يتم تحديد نطاق الرأى القانونى . فمن ناحية أولى لا بد من التحقق والتأكد من الوثائق اللازمة والضرورية لذلك ، فإذا كان الموضوع يتعلق بإعطاء رأى قانونى حول شركة فعلى المستشار أن يتأكد من أنها مسجلة ، وأنه لم يتم على نظامها أى تعديل يؤثر فى التعامل التجارى محل الرأى القانونى ، وذلك يكون بطلب شهادة تسجيل الشركة من الجهة الرسمية للتأكد من ذلك .

أيضًا يتم التحقق من أن الشركة اتخذت الخطوات الضرورية واللازمة للدخول فى هذا التعامل التجارى موضوع الرأى القانونى ، وهذا يعنى أنه تم التصريح بالسماح

لها بالدخول فى العقد التجارى من المخولين باتخاذ القرار فى الشركة . كذلك لا بد من التأكد من أن الشخص الموقع بالنيابة عن الشركة وتنفيذ العقد محل الرأى القانونى مخول نظاماً بذلك بموجب نظام الشركة وبالنيابة عنها .

وعلى المحامى قبل تقديم رأيه القانونى فى مثل هذه الحالة أن يراجع ويتأكد من سجل الشركة وأن يحصل على نسخة مصدقة حتى تاريخ طلب الرأي ، أو أى وثائق ذات علاقة بذلك ، ومن ضمنها شهادة تثبت أن الأسماء المذكورة فى العقد وتوقيعاتهم هى للأشخاص الذين وقعوا على العقد أو سوف يوقعون عليه بالنيابة عن الشركة والمخولين بذلك [٧] .

وقدرة المحامى أو المستشار القانونى على رفض إعطاء رأى قانونى محدودة ببعض التعاملات التجارية فقط ، مثلاً فى القرض التجارى فإن إعطاء رأى قانونى من قبل المستشار القانونى أو محامى المقترض قد يكون شرطًا للتعاقد . وعليه فخيار الرفض يكون محدوداً بتقويم المستشار القانونى أو المحامى نفسه ، وما إذا كان الإخفاق فى إعطاء رأى قانونى سوف يكون مضراً بعميله أو سيكون فى صالحه أو صالح تجارته .

من ناحية أخرى لا بد من الأخذ بعين الاعتبار إذا كان الرأى القانونى يجب أن يغطى كل نواحى وجوانب العقد التجارى الدولى . وما يتطلبه ذلك من تحليل وتقويم للمكسب والخسارة . بمعنى تقويم ما إذا كانت المصلحة التى سوف يتم جنيها من إعطاء رأى قانونى سوف تَرْجَح التكلفة المطلوبة أو التى سوف يتم تحملها لإعطاء هذا الرأى .

كذلك لتحديد نطاق الرأى القانونى لا بد من تحديد الظروف ونطاق اعتماد المستشار القانونى أو المحامى على شهادات من قبل موظفين عموميين يستند عليها فى إعطاء رأيه القانونى ، بالإضافة إلى اعتماده على مراجعة الملفات الخاصة بالشركة ، ومقابلة العميل ، ومناقشته ، ومراجعة سجلات الشركة ... إلخ ، حتى يخرج برأى سليم . كما ستعرض على المستشار مواضيع عديدة ومتشعبة عند كتابة رأيه القانونى ، وعليه أن يحدد ما هو المهم منها والمفيد فى رأيه المكتوب .

المبحث الثانى

تحليل محتوى الرأى القانونى [٨]

سوف نتعرض بشيء من الإيجاز لتحليل محتويات الرأى القانونى الذى عادة ما تتم صياغته على شكل رسالة مكتوبة على ورقة رسمية باسم المستشار القانونى أو الشركة التى يعمل بها . ويتكون الرأى القانونى من أربعة مواضيع رئيسية ، هى بإيجاز كما يلى :

- **الأول** : يتضمن التاريخ وعنوان الشخص الموجه له الرأى القانونى ، ووصفاً لطبيعة التعامل التجارى والوثائق المتعلقة بالرأى القانونى .

- **الثانى** : يتضمن الافتراضات التى يطرحها المستشار بالنسبة للمواضيع المتعلقة بالتعامل التجارى ذاته .

- **الثالث** : يتضمن الموضوع الحقيقى الذى يعطى المستشار رأيه فيه .

- **الرابع** : يتضمن التحفظات والاستثناءات بالنسبة للمواضيع المتعلقة بالقانون الذى أُعطِىَ الرأى القانونى على أساسه .

وسوف نقوم بتحليل كل واحد من هذه الموضوعات لتوضيح محتواه والمقصود به .

الفرع الأول : وصف طبيعة التعامل التجارى

١ - يبدأ الرأى القانونى بذكر اسم الطرف الموجه له الرأى القانونى ، مع الإشارة إلى عنوانه أو موطنه القانونى وطبيعته . وفى حالة القرض من مجموعة بنوك متحدة فيما بينها لإعطاء قرض Syndicated Loan ، يوجّه الرأى القانونى إلى الوكيل عن هذا الاتحاد Agent .

٢ - تتم الإشارة إلى التاريخ الذى تم تسليم الرأى القانونى فيه . وهذا التاريخ عادة يتوافق مع تاريخ التوقيع على العقد وإقفاله حتى لا يكون هناك فجوة زمنية بين تقديم الرأى فى تاريخ معين وتاريخ الإقفال ، ويتم النص على أن ما حدث فيما

بين هذين التاريخين يكون المستشار المُقَدِّم للرأى القانونى غير مسئول عنه . إضافة إلى ذلك فتاريخ الرأى القانونى مهم جداً لتحديد نطاق الرأى القانونى بالنسبة للقانون الذى تم اعتماد المستشار القانونى عليه فى تقديمه لرأيه . لأن أى رأى قانونى يكون محدداً ومحصوراً فى القانون النافذ فى تاريخ تقديمه وليس بالنسبة لأى قانون يصدر بعده . فلو حدث تعديل للقانون بعد إعطاء الرأى القانونى ، يكون المستشار القانونى غير مسئول عن هذا التعديل فيما لو كان يتعارض مع ما أشار إليه فى رأيه القانونى .

٣ – وصف لموقع المستشار القانونى وعلاقته بالنسبة للأطراف أو الطرف الذى يقدم الرأى القانونى بالنيابة عنه . مثلاً ، فيما إذا كان مستشاراً عاماً للشركة أو مستشاراً خاصاً تم التعاقد معه بالنسبة لموضوع العقد فقط ، وما إذا كان قد شارك فى إعداد الوثائق الخاصة بموضوع التعاقد أم لا ؟

٤ – وصف لموضوع العقد والوثائق المتعلقة به والجداول والملاحق التى تم الإطلاع عليها من قبل المستشار من أجل إعداد رأيه القانوني . فإذا كانت هذه الوثائق ومن ضمنها العقد لم توقع بعد توقيعاً مبدئياً ، خاصة إذا كان الرأى القانونى شرطاً مسبقاً لنفاذ العقد ، فيمكن للمستشار أن يشير إلى العقد والوثائق التى اطلع عليها، بوصفها الوصف النافى للجهالة فى رأيه القانونى . فإذا كانت هذه الوثائق هى الوثائق الأساسية فيشير إلى ذلك ، أما إذا كانت صوراً عنها ، فعليه أن يبين ذلك صراحة بأنه اطلع على صور الوثائق المنصوص عليها ، ويشير إليها بوصفها وصفاً كافياً نافياً للجهالة ، ويضع فى الافتراض أنها لن تتغير أو يجرى عليها أى تعديل بعد إعطاء هذا الرأى القانونى .

٥ – لا بد من النص على الوثائق الرئيسية التى قام المستشار بمراجعتها لإعطاء رأيه القانونى ومن ثم فحصها والتحقق منها ، ويشير إلى أنه قام بالتحقق مما ورد فيها ، فإذا لم يستطع مراجعة بعضها فعليه أن ينص على ذلك البعض الذى لم يتحقق منه .

٦ – على المستشار أن يبين فيما إذا كان قد اعتمد فى إعداد رأيه على وثائق تم تقديمها من قبل طرف ثالث مثل شهادة مقدمة من قبل موظف عام أو جهة رسمية [٩]

الفرع الثانى : الافتراضات التى لابد من طرحها

يتعلق هذا ببعض الموضوعات المتعلقة بموضوع العقد التجارى التى يفترض المستشار القانونى صحتها لإعطاء رأيه القانوني . مثل افتراضه بصحة التواقيع على الوثائق ، وصحة الصور المقدمة لهذه الوثائق وأنها مطابقة للأصل ، وأن كل الأطراف الواردة أسماؤهم فى العقد مخولون بالتوقيع على هذه الوثائق واتخاذ القرار حول موضوع التعاقد ، خاصة فى حالة الشركات المتعاقدة عندما يكون مجلس الإدارة هو المخول بإصدار القرار حول موضوع تعاقد معين ، وتفويضه لأحد أعضائه أو أحد المسئولين فى الشركة للتوقيع على العقد وغيره من الوثائق الضرورية للسير قدمًا فى موضوع التعاقد .

ومن المعتاد الآن أن نجد كثيرًا من المستشارين القانونيين ، بالنيابة عن موكليهم ، يطلبون أن يتم النص صراحة فى العقود التى يقومون بالتفاوض حولها على أن الطرف أو الأطراف الأخرى فى العقد مُخَوَّلون ومُفَوَّضون رسميًا بالتوقيع على وثائق العقد ، ومن ثم فإن هذه الوثائق الموقعة من قبلهم تمثل وثيقة قانونية نافذة وصحيحة وملزمة لهم ولمن فوضهم وقابلة للتنفيذ ضدهم [١٠] .

ويستحسن أن تكون الافتراضات محددة إلى الحد المقبول والمعقول ومحددة بالموضوع . كما يجب ألا تؤدى هذه الافتراضات إلى اعتبار النتيجة النهائية غير ذات معنى، وإلا فيجب تفاديها ، كما يجب ألا يتم اللجوء إليها إلا فى الأحوال التالية :

أ) أن يكون ذلك من العادات المتبعة فى مثل هذه التعاملات التجارية .

ب) أن يكون من الصعوبة - وفقًا للظروف المحيطة - التحقق ، أو أن التحقق يعتبر استهلاكًا للوقت ومضيعة له أو مكلفًا للقيام به .

ج) أن يكون مثل هذا الافتراض قد تمت الموافقة عليه من قبل الأطراف [١١] .

الفرع الثالث : مضمون الرأى القانونى

بعد النص على الافتراضات الضرورية التى أُعطى الرأى القانونى على أساسها، يتم سرد الرأى القانونى المتعلق بالموضوع محل التعاقد . ففى عقد القرض مثلاً بين شركة بكتل السعودية ، وهى شركة ذات مسئولية محدودة منظمة وفقًا للقانون

السعودى ، سبق أن أصدرتُ رأيًا قانونيًا لفرع (سيتى بنك) فى البحرين ، والبنك السعودى الأمريكى مجتمعين ، وكانت شركة (بكتل) مجتمعة مع عدة شركات متفرعة عن شركة (بكتل) الأم فى سان فرانسسكو بأمريكا مشتركة جميعًا فى هذا القرض ، وكان الرأى القانونى يتضمن النصوص التالية :

– تأسيسًا على ما سبق الإشارة إليه من الوثائق والافتراضات السابقة وخاضعًا ومقيدًا بالاستثناءات والمقيدات المشار إليها أدناه ، فإن الرأى القانونى الذى أراه وفقا للقوانين والأنظمة المرعية فى المملكة العربية السعودية والنافذة فى تاريخ هذا الرأى هو الآتى :

١ – إن المقترض شركة سعودية ذات مسئولية محدودة منظمة ومؤسسة وقائمة قانونا وفقًا للقوانين المعمول بها فى المملكة العربية السعودية .

٢ – المقترض مؤهل قانونًا ونظامًا وله الحق فى الدخول فى عقد قرض والاقتراض وفقًا لذلك .

٣ – المقترض مؤهل قانونًا ونظامًا فى التوقيع وتنفيذ الالتزامات التى تنشأ عن عقد القرض ووفقًا له . وقد تم اتخاذ التصرفات القانونية الضرورية من قبل المقترض للدخول فى عقد القرض ، والتوقيع والتنفيذ لكل الالتزامات الناشئة عنه ، وليس هناك أى حدود على سلطات المُقْتَرِض القانونية والنظامية ، للاقتراض تزيد عن الحدود المنصوص عليها فى الأنظمة والقوانين .

٤ – المُوقِّع على عقد القرض بالنيابة عن الشركة لديه التفويض القانونى اللازم الصريح والمصدق للدخول بالنيابة عن الشركة فى التعاقد باسمها ونيابة عنها ، وقد تم اتخاذ كافة الإجراءات النظامية من شهادات صحيحة وموثقة ، ومن ثم فإن المُوَقِّع على العقد والشركة المقترضة ملزمين نظامًا وقانونًا بكل ما تحتويه الوثائق الموقعة من قبله .

٥ – يمثل الاتفاق بين الأطراف عقد القرض وهو وثيقة قانونية صحيحة وملزمة للمقترض .

٦ – تنفيذ عقد القرض هذا وتوقيعه من قبل المقترض ومن يمثله لا يتعارض أو يتناقض مع الأنظمة النافذة ، التى يخضع لها المقترض فى تاريخ توقيع هذا الرأى .

٧ - ليس هناك حاجة وليس مطلوباً الحصول على تصريح أو رخصة أو تسجيل من أو مع أى جهة حكومية أو عامة أو محكمة من قبل المقترض فيما يتعلق بتنفيذ عقد القرض هذا .

٨ - ليس من الضرورى التأكد من قانونية ونظامية ، أو صحة ، أو قابلية هذا العقد للتنفيذ . كما أنه ليس مطلوباً ولاعتباره وسيلة إثبات أن يتم تصديقه ، كما أنه لا حاجة لأى دمغة أو تسجيل أو تسديد ضرائب أو رسوم فيما يتعلق بهذا العقد .

٩ - شكلياً ، العقد يعتبر بالشكل المرضى من أجل تنفيذه فى أى محكمة باستثناء الوثائق التى يتطلب النظام ترجمتها إلى اللغة العربية إن كانت بلغة أجنبية .

١٠ - التزامات المقترض وفقًا لعقد القرض هذا تعتبر التزامات مباشرة وعامة وغير مشروطة أو مقيدة ، وعليه فإن مديونيته وفقًا لذلك تُعَدُّ فى مستوى ، أو سوف تكون فى مستوى متساوٍ دون مفاضلة Pari Passu مع أى مديونيات غير مضمونة ، ما عدا الديون الممتازة أو ما هو مفضل ومقدم بقوة القانون والنظام .

١١ - لا المقترض ولا أى من أملاكه لهم حق الحصانة من أى إجراء قانونى أو قضائى سواء كان مؤسساً على حق السيادة أو غيره .

١٢ - المحاكم المختصة بنظر المنازعات التجارية والمصرفية فى المملكة العربية السعودية مخولة قانونًا ونظاماً بإصدار حكم قضائى فيما يتعلق بعقد القرض بعملة أجنبية .

١٣ - ليس من الضرورى وفقًا للقانون السعودى من أجل تمكين سيتى بنك لتنفيذ حقوقه فى عقد القرض هذا ، أو بسبب تنفيذ هذا العقد أو تنفيذ التزاماته المنصوص عليها فيه ، أن يكون مرخصاً أو مؤهلاً للقيام بعمل فى المملكة العربية السعودية .

١٤ - سيتى بنك لا يعتبر ولن يعتبر شخصاً اعتبارياً له موطن أو يقوم بعمل فى المملكة ، بسبب وبمقتضى توقيع عقد القرض هذا أو تنفيذه ، شريطة ألا يكون سيتى بنك مرخصاً له أن يعمل فى المملكة العربية السعودية وأنه لا يقوم بأعمال بنكية فى المملكة .

الفرع الرابع : التحفظات والاستثناءات

يجب تقويم الاستثناءات والتحفظات على بعض المواضع المتعلقة بعقد القرض أو بالعقد التجارى عمومًا بدقة وواقعية . بمعنى أن تكون ملائمة وواقعية وأن تكون فى صالح العميل . ويجب أيضًا ألا تستخدم هذه التحفظات والمقيدات لتَجَنُّب القيام بالعمل الضرورى الذى يتطلب من المحامى البحث والتحقق منه لإعطاء رأى قانونى جيد وسليم . أى أنها قد تستخدم للحد من نطاق الرأى القانونى وللحد من مسئوليات المستشار الذى يقدم الرأى .

وهذه التحفظات والاستثناءات تكون صياغتها كما يلى :

"الرأى السابق الذى تم الإدلاء به خاضع ومقيد بالاستثناءات والمقيدات والتحفظات التالية :

١ - هذا الرأى يتعلق بقوانين وأنظمة المملكة ومحدود بتلك الأنظمة والقوانين وتفسيراتها كما هى نافذة فى تاريخ تقديم هذا الرأى . الأحكام والقرارات السابقة القضائية للمحاكم فى المملكة لا تُؤَسِّس أو تُكَوِن رأياً سابقًا ملزمًا وسوابق قضائية ملزمة لأى قضية لاحقة .

٢ - نحن لا نمثل أى شركة محاماة تكون لديها معرفة بقوانين .... ، أو قوانين أى إقليم قضائى غير قوانين المملكة .

٣ - الالتزام بدفع فوائد مالية أو مبالغ يمكن أن تكيّف من قبل المحكمة المختصة فى المملكة على أنها فوائد مالية غير قابلة للنفاذ عمومًا وفقًا للقانون فى المملكة العربية السعودية .

٤ - نحن لا نقدم أى رأى فيما يتعلق بإمكانية وجود أى حلول أو تسويات Remedies أو Injunction أو تنفيذ محدد Specific Performance أو الحصول على أرباح مفقودة أو أى أضرار غير مباشرة غير قابلة للتنفيذ ، أو الحصول عليها وفقًا للقانون السعودى .

٥ - المحكمة المختصة فى المملكة غير ملزمة بقبول أى إشارة فى هذا عقد القرض

إلى أى قوانين دولة أخرى .

فى المملكة العربية السعودية .

٦ - لتصديق وتنفيذ حكم قضائى صادر من محكمة خارج المملكة لا بد من تقديمه إلى ديوان المظالم ، الذى يكون له حرية التصديق لكل الحكم أو جزء منه إذا لم يكن متوافقًا مع قوانين المملكة العربية السعودية . وفى حالة ما لم يُصدَّق الحكم كله أو جزء منه وفقًا للإجراء السابق ، فإن الطرف الحاصل على الحكم يستطيع أن يتقدم بدعوى جديدة فى المملكة أمام السلطات القضائية المختصة ، ونتيجة هذا الإجراء يحكمها فى كل نواحيها القوانين والإجراءات المعمول بها فى المملكة .

٧ - لتقديم الوثائق كوسيلة إثبات فى أى إجراءات تقاضى أو محاكمة لا بد أن تكون باللغة العربية . كما أن أى قضية تقدم لمحاكم المملكة بلغة أجنبية لا بد أن تترجم جميع وثائقها من قبل مترجم مرخص مع تقديم الأصل لهذه الوثائق .

٨ - المحاكم المختصة فى المملكة لديها خبرة محدودة فيما يتعلق بفحص الوثائق البنكية الصادرة وفقًا لقوانين دولة أخرى .

٩ - المحاكم وأى سلطات قضائية أو هيئات تحكيم فى المملكة لديها حرية محدودة بالنسبة لتنفيذ الالتزامات التعاقدية أو أى التزامات أخرى وفقًا لنصوصها عندما يكون التنفيذ غير عادل .

المبحث الثالث

تحديد أثر ونطاق الرأى القانونى

أصبح من المتعارف عليه أن يتضمن الرأى القانونى فى جزئه الأول عبارة توضح أن هذا الرأى القانونى محدد بالقوانين والأنظمة الخاصة بدولة معينة أو نطاق إقليمى معين فى المكان الذى يعمل فيه المحامى أو المستشار القانونى أو المكان المرخص له العمل فيه كمحامٍ .

كذلك فى نهاية الرأى القانونى يتم النص على أن هذا الرأى محدد بالعقد التجارى الصادر الرأى بخصوصه والتعامل محل العقد ، والوثائق المشار إليها أو التى أُسِّسَ الرأى وفقًا لها والحقائق المعروفة لنا ، والوثائق التى تم فحصها من قبلنا ، والقانون والتفسيرات له ، والنافذة فى تاريخ إصدار هذا الرأى .

والرأى القانونى لا يمكن الاعتماد عليه من قبل أى شخص غير الأطراف المشار إليهم فيه أو فى العقد . ويجب ألا يُفْتَرض أن الرأى الذى يقدمه المستشار القانونى ينشئ مبادئ قانونية عامة بحكم تطبيقها على عقد أو تعامل تجارى من نفس طبيعة العقد أو التعامل الذى صدر الرأى القانونى بخصوصه .

الهوامش

(١) Michael Gruson : Stephan Hutter & Michael Kutschera : Legal Opinions in International Transactions, (Second Edition, Graham & Trotman, 1989) .

- Wilfred M. Estey : Legal Opinions in Commercial Transactions, (Butterworths, Toronto, Canada, 1990) .

(٢) G. A. Pwnn, A. M. Shea & A. Arora : The Law and Practice of International Banking, p. 374-392 . (Sweet & Maxwell, 1987) .

(٣) W. M. Estey, op. cit., p. 1 .

(٤) Ibid., p. 5 .

(٥) Henry Campbell Black, M. A. : Black's Law Dictionary, p. 985, (Weat Publishing Co., St. Paul Minn, 1979) .

(٦) W. M. Estey, op. cit., p. 7 .

(٧) W. M. Estey, op. cit., p. 20-21 .

(٨) G. A. Pwnn, A. M. Shea & A. Arora op. cit., p. 379-391

- Michael Gruson, Stephan Hutter & Michael Kutschera, op. cit., p. 19 .

(٩) W. M. Estey, op. cit., p. 37-40.

(١٠) Ibid., p. 144 .

- Michael Gruson, Stephan Hutter & Michael Kutschera, op. cit., p. 72 .

(١١) W. M. Estey, op. cit., p. 30 .

البـــاب
الخـامس

محتويات العقد
التجارى الدولى

يتخذ العقد التجارى عادة الشكل المتعارف عليه الذى يبدأ بالمقدمة التى غالبًا ما يشار فيها إلى طبيعة العقد ، وموضوعه ، ونطاقه كما تم الاتفاق عليه . وفى المقدمة يتم تحديد تاريخ دخول العقد حيز التنفيذ أو تاريخ التوقيع عليه . إضافة إلى أسماء الأطراف المتعاقدة ، وعناوينهم ، وطبيعة عمل كل منهم ، وما يقوم به ، وصفته القانونية عند توقيع العقد .

ويتلو ذلك الحيثيات التى قد لا تأخذ شكل مادة معينة فى العقد ولكنها تأتى بعد المقدمة مباشرة ، وتسرد عادة خلفية العقد ، بهدف توضيح الحقائق حول موضوع العقد ، والأطراف ، والغرض الذى من أجله تم الدخول فى هذا العقد .

أما الجزء الموضوعى والعملى من العقد ، وهو ما يسمى بـ Operational Part ، فيأتى بعد الحيثيات ويكون مسبوقا عادة بفقرة تنص على الآتى :

" .. الآن اتفق الأطراف بموجب ذلك على ... وفقًا لما يلى... أو وفقًا للشروط التالية ...إلخ"

بعد ذلك يتم البدء فى كتابة المواد التى تعالج الجزء الموضوعى من العقد . وهى تلك المواد التى تحدد الالتزامات والحقوق وفقًا للترتيب المنطقى الذى يختاره من يقوم بالصياغة . وتتصدر هذه المواد مادة خاصة بالتعريفات يتم النص فيها على التعريف ببعض الكلمات والعبارات بهدف توضيح المعنى المقصود لها ، وهو الذى تهدف الأطراف المتعاقدة إلى اعتباره المعنى المختار من قبلهم إن كان هناك حاجة للتعريف بذلك . بعد ذلك يتم النص على الشروط المسبقة فى العقد ، وذلك إذا تطلبتها طبيعة العقد التجارى الدولى .

بعد الانتهاء من النص على الشروط المسبقة فى العقد ، يتم البدء فى النص على وصف الحقوق والالتزامات لكل طرف من أطرافه ، ثم النص على الشروط العامة فيه Boiler-plates .

وتختلف طبيعة الشروط العامة عادة باختلاف نوع وطبيعة التعامل التجارى . ولكن هناك نوع من الشروط يوجد فى كثير من العقود التجارية ، وهذه الشروط هى تلك التى تضع الأساس للأشياء الجوهرية والضمانات ، بالإضافة إلى توضيح الحقائق أو

الموضـوعـات ، التى قـد تكون أحـيـانًا ذات أهمـيـة قـانونيـة أو أن الضـرورة تتطلب علم الأطراف بها في صيغة قانونية ملزمة .

وفى بعض العقود التجارية الدولية ، خاصة تلك التى تتعلق بدمج أو شراء الشركات أو المحلات التجارية ، فإن المواد التى يتم النص فيها على الشروط العامة ، والمتعلقة بالبيانات أو التمثيل الجوهرى للحقائق والضمانات ، تتضمن أيضًا شروطًا تُحددُ وتنص على أن الضرر أو الخسارة الناتجة عن الضرر ، يجب التعويض عنها لو ثبت عدم صحة أى من البيانات الجوهرية أو الضمانات المنصوص عليها فيها .

والمواد التى يتم النص فيها على الشروط العامة عادة ما تأتى فى مؤخرة العقد ، وتتضمن المواد المتعلقة بطريقة الإشعار لأطراف العقد ، والإجراءات التى لا بد من اتباعها فى مثل هذه الحالة . مثل المدة اللازمة لاعتبار الإشعار ملزمًا ، والوقت الذى يبدأ سريانه فيه ، ومن هو الملزم بدفع التكاليف القانونية ذات الصلة بالعقد ، بالإضافة إلى القانون الواجب التطبيق على الاتفاق ، والاختصاص المكانى لإقامة الدعوى ضد الطرف الآخر فى العقد ، والاختصاص القضائى ... إلخ .

بعد هذا العرض السريع سوف نبحث مضمون ما تقدم بشىء من التفصيل ، وذلك من خلال أربعة فصول على النحو التالى :

الفصل الأول : تحديد أطراف العقد وحيثيات التعاقد .

الفصل الثانى : أهم الشروط التى تتضمنها العقود التجارية الدولية .

الفصل الثالث : شرط الثمن .

الفصل الرابع : أسباب انقضاء العقد التجارى الدولى .

الفصل الأول

تحديد أطراف العقد وحيثيات التعاقد

يتم عادة فى بداية العقد التجارى تحديد أطرافه والتعريف بهم تفصيلاً . وقد يكون هذا التحديد فى فقرة تأتى بعد الفقرة التى تبين تاريخ التعاقد ، مثل :

"هذا العقد تم فى يوم ——— سنة ——— الموافق لـ ———" . وعلى الرغم من أن المهم هو تحديد اليوم والتاريخ الذى يكون العقد فيه نافذاً ، إلا إنه يستحسن ذكر التاريخ الحقيقى الذى وقَّع فيه الأطراف على العقد إذا كان يختلف عن التاريخ المحدد للتنفيذ .

وتحديد أطراف العقد يكون بالنص على أسمائهم ، سواء كان الأطراف جميعًا أشخاصًا طبيعيين أو أشخاصًا اعتباريين ؛ لأن الشركة كشخص اعتباري ، وعبر ممثليها ، يمكن أن تكون طرفًا فى العقد وتوقع عليه كطرف فيه . كذلك تحديد وصف ومدى مسئولية من يقوم بالتوقيع على العقد شيء ضرورى ومهم ، لأن من يقوم بالتوقيع سوف يكون هو الشخص المسئول عن كافة الالتزامات التى تنشأ عنه أو مُلْزِمًا لغيره بموجب وكالة تخوله ذلك . فإذا كان من سيقوم بالتوقيع على العقد وكيلاً عن المالك أو المؤسسة أو الشركة صاحبة الشأن ، فلا بد أن يشار لهذه الوكالة فى التوقيع صراحة وذلك كما يلى :

"تم التوقيع بواسطة .... وكالة عن ...... بموجب الوكالة المؤرخة فى ....

وفى حالة ما إذا كان الاتفاق على العقد يحتاج إلى موافقة مجلس الإدارة فى الشركة أو المؤسسة ، عندما يكون أحد أطراف العقد شخصًا معنويًا ، شركة أو مؤسسة ، كما هو الحال فى عقود بيع الشركات أو دمجها ، فمن المعتاد فى التعاملات التجارية الدولية أن يتم طلب شهادة تثبت أن مجلس الإدارة قد وافق على هذا العقد ، ومن ثم تثبت تخويل شخص ما بالتوقيع عليه . وهذا جائز عندما يكون مجلس الإدارة مخولاً بالدخول فى مثل هذه التعاقدات وفقًا لنظام الشركة الأساسى .

أما بالنسبة لحيثيات التعاقد التى تشرح وتسرد خلفية اتفاق الأطراف على موضوع

العقد ، فقد لا تكون ضرورية فى كل العقود التجارية . ولكن عند الحاجة إلى ذكر الحيثيات فى العقد لا بد من توضيح وجهة نظر الأطراف صراحة فيها ، ومدى إلزامية محتواها لهم ، وذلك بالنص على ما إذا كانوا يرغبون فى اعتبارها جزءًا لا يتجزأ من العقد أم لا ؟ . فإذا رغب الأطراف فى ألا تكون حيثيات التعاقد جزءًا لا يتجزأ من العقد فيستحسن صياغة مادة فى العقد تبين وجهة نظرهم هذه ، وذلك كما يلى :

"ليس لدى الأطراف نية أن تكون حيثيات التعاقد أو مذكرة التفاهم ملزمة قانونًا لأى منهم ولا تمثل ملخصًا متكاملاً للأهداف التعاقدية أو التجارية بينهم ، ولكن تهدف فقط إلى توضيح رغباتهم وفهمهم شريطة الحصول على رأى قانونى أو أى استشارة أو نصيحة مهنية ، بالإضافة إلى المصادقة النهائية من الإدارة التنفيذية . فإذا لم يتم الحصول على موافقة تنفيذية فهذه الحيثيات أو مذكرة التفاهم فسوف تكون الأساس للتفاوض على اتفاق تفصيلى ، ولكن مع الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات المتبادلة بين الأطراف . ويعتبر أى طرف غير ملتزم للطرف الآخر بأى التزام ما لم (أو حتى) يكون الاتفاق قد تم توقيعه من قبل الأشخاص المخولين بالتوقيع عليه من الطرفين حتى يصبح العقد نافذًا وفقًا لنصوصه ".

وفقًا لهذا النص فإن حيثيات التعاقد أو مذكرات التفاهم لن تعتبر جزءًا من العقد ، ومن ثم لن تأخذها المحكمة بعين الاعتبار فيما لو حصل أى نزاع عند تنفيذ العقد ، إلا أن فيها التزامًا بالمحافظة على المعلومات السرية التى تم تبادلها أثناء التفاوض .

أما تاريخ بداية العقد فيكون عادة هو تاريخ التوقيع عليه إذا لم يكن هناك فقرة خاصة للنص على متى تكون بدايته . ومن المعتاد أن يتم النص فى العقد على كيفية معالجة ذلك بفقرة مستقلة فيه من أجل تحاشى أى سوء فهم فى المستقبل .

وعندما يكون هناك تاريخ لبدء العقد غير التاريخ الموقع فيه ، فليس هناك ما يمنع من أن يكون تاريخ بدء العقد غير تاريخ توقيعه إذا رغب الأطراف فى ذلك . فالنص على أن "هذا العقد يبدأ من تاريخ التوقيع عليه" يكون عادة فى مقدمة العقد ، أو أن يحدد التاريخ الفعلى لبدء العقد إذا كانت نية الأطراف قد ذهبت إلى أن يكون العقد ملزمًا لأطرافه فى تاريخ مستقبلى غير تاريخ التوقيع عليه .

وفى حالات كثيرة قد يرغب الأطراف فى أن يكون للعقد أثر رجعى إلى تاريخ سابق

على تاريخ التعاقد ، ومن ثم لا بد من النص على ذلك صراحة ، حيث إن هذا لا يكون ملزمًا قانونًا سوى بالنسبة لأطراف العقد ذاته ولا يؤثر على حقوق الآخرين غير الأطراف فيه .

وفى كثير من العقود التجارية بين أو مع الأشخاص الاعتبارية عادة ما تكون الإشارة إلى مجموعة شركات قابضة أو وليدة ، وتكون نية الأطراف المتعاقدة هى أن الشركات التابعة المتصلة بالشركة الموقعة على العقد مرغوب فى أن تَنْضَمَّ إلى العقد ، بحيث يكون لها من الحقوق وعليها من الالتزامات ما للشركة الأم الموقعة عليه باعتبارها المتعاقد الأصلى .

وقد تنشأ عن مثل هذه النية للأطراف مشاكل أخرى لا بد من معرفة حلول لها : مثل تحديد ممثل الشخص الاعتبارى ، ومدى الصلاحيات المعطاة له من قبل مجلس الإدارة باعتباره طرفًا موقعًا على العقد بالنيابة عن هذه الشركة أو تلك من هذه الشركات . وقد يكون المكان الأمثل لمثل ذلك هو النص على صلاحيات الموقع على العقد فى مادة التعريفات عند النص على تعريف كل طرف من أطراف العقد ، بحيث يغطى التعريف الشركات المُخَوَّلِ بالتوقيع عنها .

أيضًا عند التعامل مع الشخص الطبيعى أو الاعتبارى فمن الأهمية بمكان تعريف الأشخاص الآخرين الذين لهم صلة به سواء طبيعيين أو اعتباريين ، مثل الأقرباء ذوى الصلة ، أو الشركات التى تدخل أو تكون تحت قبضة أو تحكم الشركة باعتبارها الطرف الموقع على العقد حتى يكون التعريف أكثر وضوحًا وشمولاً .

وفى خضم الحياة الاقتصادية الحالية المتطورة والمعقدة أحيانًا نجد أن تعريف مجموعة الشركات Group of Companies بدأ يأخذ شكلاً معقدًا فى كثير من الدول المتقدمة ؛ نظرًا لتغير التفكير حول قانون الشركات فى الدول بين الحين والآخر ، مثل التعريف بنوع من الشركات الجديدة التى قد يكون الغرض منها محاسبيًا فى الدرجة الأولى ، كما هو حاصل فى بريطانيا مثلاً (١) .

الهامش

(١) - Richard Christo : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 13-15 .

الفصل الثانى

أهم الشروط التى تتضمنها العقود التجارية الدولية

سبق أن أشرنا إلى أن الجانب الموضوعى من العقد التجارى الدولى يأتى بعد النص على المقدمة وحيثيات التعاقد . وهذا الجزء الموضوعى والعملى من العقد يسمى بـ Operational Part ، ويكون عادة مسبوقًا بفقرة تنص على الآتى :

.."الآن ، اتفق الأطراف بموجب ذلك على ... وفقًا لما يلى ... (أو وفقًا للشروط التالية) ....الخ"

والمواد التى تعالج الجزء الموضوعى من العقد تشمل المواد التى تنص على التزامات وحقوق الأطراف فى العقد .

بعد ذلك يتم النص على الشروط المسبقة فى العقد إذا كانت طبيعة العقد التجارى الدولى تتطلب ذلك . مثلاً فى بعض العقود التجارية الدولية ، خاصة تلك التى تتعلق بالتصدير والاستيراد للبضائع ذات الائتمان العالى ، لا تكون هذه العقود نافذة مباشرة حال التوقيع عليها ، ولكن تكون خاضعة لشروط عديدة لا بد من تنفيذها قبل أن يصبح العقد مُلْزِمًا للطرف الآخر غير المُلْزَم بتنفيذ أى من هذه الشروط .

وهذه الشروط المسبقة ثلاثة أنواع كما يلى :

١ - الشروط المالية التى تتعلق بفتح اعتماد أو إعطاء ضمان مالى حتى يكون طرفا العقد متأكدين أن كلاً منهما يستطيع تنفيذ التزاماته التعاقدية وفقًا لشروطه .

٢ - الشروط التنظيمية ، وهى تلك التى تتعلق بالحصول على تصاريح من الحكومة أو السلطة المختصة ، التى تكون ضرورية قبل أن يستطيع الأطراف تنفيذ الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها فى العقد ، مثل الحصول على رخص الاستيراد والتصدير المعتادة .

٣ - قد تكون هناك مشاكل تقنية أو تجارية لا بد من الاتفاق عليها حتى يمكن تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها فى العقد تحقيقًا للغرض من التعاقد . وهذه المشاكل

عادة ما تتعلق بالمواصفات أو اختبار القبول للمُنْتَجِ أو البضاعة المطلوب توريدها وفقًا للعقد .

وسوف نعرض لهذه المواد التى تعالج الجانب الموضوعى فى العقد التجارى الدولى ، وذلك فى المباحث التالية .

المبحث الأول

الشروط الخاصة بمدة العقد التجارى

من الأهمية بمكان استخدام التعاريف المتعلقة بالشهر ، والسنة ، واليوم ، ويوم العمل بما يعكس الواقع العملى وبما هو متعارف عليه عمليًا فى الحياة التجارية الدولية. والاهتمام بهذه التعاريف يعنى تحاشى الإشارة المهملة إلى مثل هذه الأوقات فى أى اتفاق تجارى دولى .

وفى العرف التجارى الدولى عمومًا فإن الإشارة إلى الشهر تعنى الشهر التقويمى ، ولكن من الأخطاء الشائعة اعتبار بداية الشهر التقويمى هى أول يوم من الشهر المسمى والمعنى فى الاتفاق . فالمتعارف عليه فى العقود التجارية أن الشهر التقويمى يقصد به المدة المتفق عليها بين تاريخين بما يعادل شهرًا تقويميًا . لذلك فالشهر يمكن أن يبدأ فى أى يوم من الشهر المسمى والمعنى فى الاتفاق وسوف يستمر - ببساطة - بعدد الأيام المطلوبة إلى الشهر المسمى المقبل والآتى بعده . وعليه لا بد عند حساب عدد أيام الشهر أن يكون اليوم الذى يبدأ فيه العد ضمن أيام الشهر . مثلاً : الشهر التقويمى الذى يبدأ فى (٥) نوفمبر ينتهى بنهاية (٤) ديسمبر ، والشهر التقويمى الذى يبدأ فى (٢) أكتوبر ينتهى بنهاية (١) نوفمبر وهكذا . وعند التعامل مع بداية المدة اللازمة أو تحديدها فإن النص المتعارف عليه هو :

«هذا العقد يبدأ فى .... (وخاضعا للإنهاء المبكر وفقًا للمادة .....) ويستمر لمدة .... وبعد ذلك يستمر ما لم (أو حتى) يتم إنهاؤه من قبل أطرافه بإعطاء إشعار بذلك للطرف الآخر لا تقل مدته عن "٩٠" تسعين يومًا» أو :

«هذا العقد يبدأ من التاريخ المشار إليه أعلاه ، ويستمر نافذاً إلى.... (ويدخل فيها اليوم الأول) ما لم يتم إنهاؤه مبكراً وفقاً للمادة (...) بانتهاء الفترة الأولى ، أو أى فترة لاحقة وفقاً للمادة (...) . ويجوز تجديد هذا العقد أو تمديده لفترة مماثلة (أو لمدة سنة) من قبل أحد أطرافه بواسطة إرسال إشعار بهذا الغرض إلى الطرف الآخر لا تقل مدته عن (٣٠) ثلاثين يوماً قبل تاريخ انتهاء الفترة الأصلية أو المجددة حسب الأصول» .

وتحديد المدة بعدد الأيام فى العقود التجارية الدولية شيء ضرورى بهدف تحاشى الغموض واللبس الذى قد ينشأ نتيجة اختلاف عدد الأيام بين الأشهر ، وبهدف أن تكون نهاية الاتفاقية محدودة بعدد الأيام فقط . مثلا (٣٠) يوماً إشعار فضلاً عن شهر ، لأن الشهر قد يكون أقل أو أكثر من ذلك ، فبعض الأشهر يصل إلى (٣١) يوماً والبعض الآخر إلى (٢٨) يوما بالنسبة للتاريخ الميلادى المستخدم عادة فى التجارة الدولية ، مما قد يسبب لبساً فى التفسير ويؤدى بالطرف المستفيد لأن يأخذ ذلك وسيلة للتأخير مما قد يكلف الطرف الآخر خسارة كبيرة نتيجة لذلك .

كذلك عند استخدام كلمة (يوم) يجب توضيح ذلك فيما إذا كان المقصود هو اليوم العادى ، كما هو معروف للعامة أو أن المقصود هو يوم عمل business day ، كما هو متعارف عليه فى التجارة الدولية . أيضاً لا بد من تحديد ساعات العمل ، والمعيار الذى سوف يتبع فى تحديد ذلك ، وهو فيما إذا كان البنك فى هذه الأيام يفتح أبوابه للعمل أم لا ؟ وتحديد يوم العمل مهم جداً بالنسبة للتجارة الدولية لأن يوم العمل له أهمية خاصة .

ولإيضاح ذلك سوف نورد بعض التعاريف التى قد تؤدى الغرض بالنسبة للوقت :

- «يوم» يعنى الفترة المكونة من (٢٤) ساعة تنتهى الساعة (١٢) مساء مثلاً .
- "شهر" يعنى الشهر التقويمى ، وهو الذى يتحدد فيه بدايته ونهايته بأيام معينة .
- "السنة" تعنى الفترة المكونة من (١٢) شهراً متتابعة .
- "يوم عمل" يعنى أى يوم يكون معتاداً فيه عمل البنوك فى دولة (...) .
- "ساعة عمل" تعنى من (٩) صباحاً إلى (٥) مساء فى أى يوم عمل يعمل فيه البنك فى دولة (...) .

أما إذا تمت الإشارة إلى تاريخ ابتداء العقد أو انتهائه أو أى من الالتزامات الواردة فيه فى يوم لا يقع فى يوم عمل ، فإن ذلك يجب أن يفسر على أنه يشير إلى يوم العمل التالى مباشرة ، مثلاً :

«إذا تمت الإشارة إلى الفترة الزمنية أو الوقت فى أى مكان فى هذ العقد ، يكون اليوم الذى تبدأ فيه الفترة الزمنية هو اليوم التالى بعد اليوم المنصوص عليه فى العقد مباشرة» .

ولا شك فى أن هناك حاجة لتحديد المدة اللازمة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل وفق ما تم التعاقد عليه بين الأطراف ، ومن ثم يجب إدخال فقرة فى العقد بموجبها يتم وضع الوقت المناسب أو اللازم لذلك . مثلاً ، فى عقود البيع الدولى للبضائع لا بد من تحديد وقت التسليم أو مدة الإشعار اللازمة أو تاريخ دفع الثمن ... إلخ .

وقد لا يكون الاختلاف على مدة يوم واحد فى بعض العقود التجارية الدولية ذا أهمية كبيرة جداً ، لأنه قد يؤدى إلى خسارة أحد الأطراف فى العقد ، ولكن على من يقوم بالصياغة أن يتذكر أن المشاكل تنشأ غالبًا عندما يحاول أحد الأطراف تفادى نصوص العقد الملزمة له بحجة أن الطرف الآخر أخل بتعهده والتزامه بتنفيذ شروط العقد كما تم الاتفاق عليها ، كشرط الوقت مثلاً ؛ لأن عامل الوقت - كما سبق أن أوضحناه - مهم جداً فى العقود التجارية الدولية ، ولأن إخلال أحد الأطراف بتنفيذ التزاماته التعاقدية فى الوقت المحدد ، كما تم الاتفاق عليها بين الأطراف ، يعطى الطرف الآخر الحق فى التحلل من التزاماته وفسخ العقد .

المبحث الثانى

الشروط الخاصة بتحديد النطاق الإقليمى لتنفيذ العقد

هناك من العقود التجارية ما يتطلب بالضرورة تحديد النطاق الإقليمى لها . كعقود الوكالات التجارية ، وعقود التمثيل والتوزيع أو وكالات البيع ... إلخ ، لذلك فتعريف الإقليم وتحديد نطاقه بالنسبة لهذه العقود مهم جداً. كما يجب الأخذ بعين الاعتبار احتمال التغيرات فى النطاق الإقليمى للمنطقة المحددة نتيجة لحدوث تَغَيُّرات

سياسية فى المنطقة الجغرافية المحددة فى العقد ، مثل التغيُّر الذى حصل فى الاتحاد السوفيتى السابق وتفككه إلى خمس عشرة دولة مستقلة ، أو كما حصل أيضًا لاتحاد اليمن فى دولة واحدة ، أو انقسام دولة تشيكوسلوفاكيا السابقة إلى دولتين ، أو كما حصل لاتحاد يوغسلافيا السابق وتقلصه إلى ما هو عليه الآن وانفصال بعض أجزائه وتكوين دول مستقلة ، أو كما حصل لإثيوبيا وانفصال إقليم إرتريا عنها وتكوين دولة مستقلة ، ونفس الشيء قد يحصل مستقبلاً مع دول أخرى نتيجة للتقلبات السياسية ورغبة الدول الكبرى المسيطرة على المنطقة . ويمكن صياغة الشرط الخاص بتحديد النطاق الإقليمى بعدة طرق كما يلى :

١ - المنطقة الجغرافية التى يشملها التعاقد ، تعنى كل الدول المنصوص عليها فى جدول (١) مثلاً أو :

٢ - المنطقة تعنى دولة ..... كما هى قائمة أو فى حدود نطاقها الجغرافى كما هو محدد فى تاريخ التوقيع على هذا العقد . أو؛

٣ - المنطقة تعنى الدولة العضو فى الوقت الحاضر فى مجلس التعاون الخليجى (مثلاً) ... إلخ .

المبحث الثالث

الشروط الخاصة بالتنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن ، وآثار ذلك

كقاعدة عامة ، فإن التنازل عن الحقوق فى عقد معين أو تحويل الالتزامات إلى شخص آخر لتنفيذها وفق ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف جائز باتفاق الأطراف المتعاقدة . ونقصد بالتنازل هنا Assignment التنازل الكامل عن العقد . ففى كثير من الأنظمة القانونية المتقدمة ليس من الممكن - أو قد يكون مستحيلاً - التنازل عن الالتزامات التى نشأت عن العقد دون موافقة الطرف المتعاقد الآخر ، تحاشيًا لما قد يحدثه ذلك من الارتباك [1] . بينما يمكن التنازل عن الفوائد التى يُتَوقَّعُ أن تنتج عن

العقد ؛ مثل الأرباح والريع أو الجعالة ، دون موافقة الطرف الآخر ، إلا أنه عادة هناك بعض الرسميات أو الشكليات التى تختلف ما بين نظام وآخر [٢] ، مثلاً أن يكون التنازل مكتوبًا وموقعًا من الطرف المُتَنَازِل .

فإذا كنت مشتريًا لبضاعة ما ، فلا بد أولاً من طرح السؤال التالى على نفسك كمشتر عما إذا كان هناك ضرر عليك من قيام البائع بالتنازل - على سبيل المثال - إلى بنك عن حقوقه فى الدخل من العقد أم لا ، أو أن تنازله عن الدخل يُعدُّ مؤشرًا على أنه لا يملك المال الكافى لتنفيذ التزاماته المتعاقد على تنفيذها. ومنع التنازل عن الدخل من العقد يعتبر ضماناً للمقرض ، لأن الواقع العملى يشهد بأن كثيرًا من الشركات تعمل بأموال مقترضة ، إلا أن ذلك قد لا يكون بذاته ضمانًا كافيًا ، وعليه لا بد من طرح السؤال التالى : هل من الأفضل وضع شرط فى العقد يُقَيِّد هذا التنازل برضا وموافقة صاحب المصلحة فى ذلك ؟ ، على ألا يتم الامتناع عن إعطاء هذه الموافقة دون سبب معقول ، مع وجوب التمييز بين التنازل وضبط التنازل ... إلخ [٣] .

كما أن من الضرورى جداً تحديد من هو المُخَوَّل بالحصول على الفوائد التى قد تنتج عن العقد ، ومن هو المسئول عن الالتزامات الناتجة عنه ، وهل هو الخلف العام أو الخاص ؟ سواء نشأت هذه الحقوق أو الالتزامات بطريق البيع أو الهبة ، أو التنازل ، أو الدمج ، أو غير ذلك من طرق الحوالة ، أو بواسطة إعمال نصوص القانون [٤] .

أيضًا لا بد من تحديد ما إذا كانت الحوالة تجوز بدون رضا الطرف الآخر أو لا بد من موافقته ، لأن ذلك قد يؤدى ، فى حالة عدم وجود نص يحكم هذه الحالة ، إلى قيام الطرف الآخر فى العقد بإنهاء العقد أو فسخه أو انتهائه تلقائيًا . وعند صياغة فقرة تنظم حقوق ومسئوليات الأطراف وخلفهم العام أو الخاص فى العقد ، لا بد من الحيطة حتى لا يكون هناك تعارض بين مثل هذه المادة أو الفقرة ومادة أو فقرة أخرى فى العقد تنظم حقوق الإنهاء المنصوص عليها فيه . وعادة تصاغ مثل هذه المادة كالتالى :

- "الإشارة فى هذا العقد إلى الأطراف يتضمن ويدخل فيها ورثتهم أو ممثلوهم فى الحق المسموح فيه بالتنازل " ، أو :

- "هذا العقد يجب أن يكون ملزماً وينشئ مصلحة للأطراف أو خلفهم على التوالى" ، أو :
- "لفظ البائع والمشترى فى هذا العقد يتضمن ويدخل فيه الخلف الخاص المسموح بالتنازل له" ، أو :
- "الإشارة فى هذا العقد إلى الأطراف تتضمن الإشارة إلى ورثتهم بالتتابع على الخصوص فى حق الملكية فى الشيء المتنازل به أو ممثليهم ، أو المديرين العاملين معهم أو الموظفين لديهم أو وكلائهم" ، أو :
- "هذا العقد ملزم للأطراف الموقعة عليه وينشأ لمصلحتهم أو من يخلفهم ...إلخ " ، أو :
- "لفظ البائع أو المشترى يتضمن خلفهم العام والخاص المسموح لهم بالتنازل ، والمديرين أو أى شخص له علاقة - على الخصوص - بالبائع أو المشترى فيما يتعلق بهذا العقد" .

المبحث الرابع

الشروط الخاصة بالإشارة إلى ملاحق العقد والوثائق المتعلقة به

عندما يكون العقد مكونًا من أقسام متعددة ومرفق به جداول وملاحق كثيرة ، أو يكون مضمناً فيه بعض الوثائق التى لا بد من الإشارة إليها فيه ، فمن الحكمة وضع فقرة فى العقد تنظم أسبقية كل واحدة من هذه الملاحق أو الوثائق أو الجداول ، والتحديد صراحة وبوضوح أى من هذه الوثائق أو الملاحق أو الجداول يكون له الأولوية فى التطبيق فى حالة ما لو نشأ تعارض بينها .

أيضا من الأفضل الإشارة إلى الوثائق الملحقة أو التى تم تبادلها قبل التعاقد ، والتى تتضمن إشارة إلى ما تم الاتفاق عليه ؛ مثل الرسائل المتبادلة بين الأطراف التى لها علاقة بموضوع التعاقد ، والملاحق ، والمواصفات ، على اعتبار أنه تم الاتفاق عليها وعلى ما تحتويه من معلومات ، وأن الأطراف على علم تام وكامل بها ، وتكون صياغة ذلك كما يلى :

"فى حالة نشوء تعارض بين النصوص الواردة فى هذا العقد ، بما فيها الجداول والملاحق المرفقة به ، فإن هذا التعارض يجب أن يتم حله وفقًا للترتيب التالى ، وذلك باعتبار الأسبقية لمواد العقد ثم للجداول متتابعة : جدول (١) ، جدول (٢) ، جدول (٣) ، والملاحق متتابعة : ملحق (١) ، ملحق (٢) .... ، ومن ثم الحيثيات .... إلخ " ، أو :

"فى حال التعارض والاختلاف بين الشروط المنصوص عليها فى مواد العقد وبين ما هو منصوص عليه فى غيرها من الوثائق ، بما فيها الوثائق المضمنة بالإشارة إليها ، فإن هذا الاختلاف يجب أن يتم حله بإعطاء هذه الشروط والوثائق الترتيب التالى فى الأسبقية : أ - مواد وشروط العقد، ب - الجداول لهذا العقد متتابعة والملاحق متتابعة ، ج - المواصفات الفنية والتقنية المشار إليها فى مادة (...) ، د - إجراء اختبار القبول المشار إليه فى مادة (...) ، هـ - الحيثيات لهذا العقد ... إلخ " .

كما يجب النص على ترتيب الأسبقية فى قراءة وتفسير شروط ووثائق العقد . كأن يتم النص على أن تكون قراءة الأجزاء والملاحق المُكَوِّنَة للعقد والمرفقة به ، وأن تفسر معًا ، وفقًا للأسبقية والترتيب التالى :

١ - أن تسود الشروط العقدية المنصوص عليها فى العقد على كل المرفقات به .

٢ - تحديد الملاحق التى يرغب الأطراف أن يكون لها أسبقية ؛ مثلاً أن يكون للملحق رقم (II) ، والمتعلق بالشروط أو المواصفات أو اقتراح التسعيرة من الشركة ، أسبقية على كل الملاحق الباقية ، أو أن يكون للملحق (ج) مثلاً أسبقية على الملحق (أ) فى حالة التعارض أو أن يكون للملاحق من (٣-٧) أسبقية على الملحق (١) .

والهدف المقصود أن ينتج عن ذلك وضوح وتناسق وترابط فى المعنى بين الوثائق المتعددة واتفاق موحد بين الأطراف عند قراءة ، أو تأويل ، أو استنتاج أو استنباط المعانى من الوثائق بالترتيب المشار إليه أعلاه فى الأسبقية (٥) .

أما فى حالة حصول أى تعارض أو تناقض بين الوثائق المكونة للعقد أو الاتفاق أو أى جزء منها ، فإن هذا التعارض أو التناقض عادة يتم النص على أن حله يجب أن يتم عن طريق التشاور والاتفاق بين مدير المشروع والمهندس الاستشارى أو المهندس المعين من قبل المتعاقد ، عندما يكون المشروع إنشائيًا أو هندسيًا ، بحيث يكون

التفسير متفقًا عليه بينهما ، ومن ثم ينتج عنه سرعة تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها فى العقد بين الأطراف ، وهذا ما يهدف إليه الأطراف عادة فى مثل هذه العقود . وفى حالة عدم الوصول إلى اتفاق على حل لمثل هذه المشاكل التى قد تنشأ بين الأطراف ، يحل الخلاف بالوسيلة التى تم اختيارها لحل النزاع بين الأطراف المتعاقدة .

وقد نجد فى كثير من الأحيان أنه يتم إحالة كثير من الموضوعات فى العقد إلى الجداول والملاحق للتأكيد على أن الترتيب والتتابع المنطقى للمواد التى تُعْنَى بالموضوع غير مقاطعة أو مفصولة بكثير من التفاصيل التى لا بد أن تكون فى ملاحق أو جداول خاصة بها . لذلك لا بد من النص فى المواد الأساسية من العقد على أن الجداول والملاحق تعتبر جزءًا لا يتجزأ منه .

وعادة ما يتم إضافة ملاحق للعقد عندما يكون هناك وثائق كثيرة ملحقة به لإمكان الإحالة إليها بسهولة . ويتم توقيعها من قبل أطراف العقد للتعريف بها والتأكيد على عدم تغييرها أو تعديلها واعتبارها جزءًا لا يتجزأ من العقد لا تعدل إلا بإرادة الأطراف ، وذلك بالنص على ذلك صراحة فى الإحالة إليها .

واللجوء إلى جداول ملحقة بالعقد غالبًا ما يكون ضروريًا للنص على مواضيع أو وضع تفاصيل محددة . مثلاً ؛ فى عقود القروض البنكيّة نجد أن هناك الكثير من الجداول أو الوثائق البنكية اللازمة للعقد التى تتضمن جداول توضح عناوين البنوك المشاركة فى عقد القرض أو اللازمة لتمثيل البنوك المشاركة فى العقد ، وذلك عندما يكون العقد كبيرًا ويتطلب مشاركة عدد من البنوك لتمويله (٦) . كذلك الحالة بالنسبة لبعض العقود التجارية كعقود بيع وشراء الشركات التى لا بد أن تتضمن جداول ملحقة بالعقد تنص على ملكية الأسهم لكل من البائعين و / أو الشركات الوليدة أو الملحقة بها (٧) . أو تتضمن جداول ملحقة بها تنص على من يكون له حق التمثيل القانونى لهذه الشركات ، أو ضمان الوضع المالى للشركة أو المحل التجارى المبيع حال البيع (٨) .

وفى حالة ما إذا تم النص فى العقد على أن بعض الوثائق ضرورية لا بد من تسليمها كشرط مسبق لتنفيذ أى التزام منصوص عليه فى مادة معينة من مواد العقد أو أن التعامل وفقا لما هو منصوص عليه فى العقد ، لا بد أن ينفذ بواسطة وثائق فى شكل معين ، فمن الضرورى وضع الشكل الذى يجب أن تكون عليه هذه الوثائق فى

الجداول الملحقة بالعقد . مثلاً ، فى عقد بيع شركة خاصة نجد أنه لا بد أن يُرفق بالجدول أو الجداول الملحقة بالعقد شكل صك الملكية أو صيغته أو صيغة الوثيقة الخاصة بالتعويض ، التى يكون البائع ملزمًا بتنفيذها كضمان مقابل أى مسئولية مالية أو ضريبية .

كذلك فى عقود القروض التجارية الدولية الكبيرة قد يكون ضرورياً الحصول على رأى قانونى حول العقد المزمع عقده ، يوضح وجهة النظر القانونية حول موضوع التعاقد ، وما يتطلبه تنفيذ العقد ، وما هو متوقع من مشاكل عند التنفيذ لما تم النص عليه من التزامات فيه . هذا الرأى القانونى عادة ما يكون له شكل خاص يُضَمّ إلى الجداول الملحقة بالعقد ، مع بيان ما يجب أن يحتوى عليه وما يجب أن يعالجه من مواضيع ، ويكون من الضرورى أن يتسلمه البنك قبل أن يكون ملزمًا بدفع المبلغ [٩]

المبحث الخامس

الشروط الخاصة بتعديل العقد أو تجديده

كل عقد يمكن أن يعدل باتفاق الأطراف ، ولكن فى كثير من العقود التجارية الدولية قد لا يتطرق أطراف العقد إلى طريقة تعديله إما لعدم الانتباه والحرص، أو أن الحالة قد تتغير وتتغير معها نظرة الأطراف فيه إلى موضوع التعديل . والسؤال الذى تلزم الإجابة عنه عند الصياغة لبنود العقد يتعلق بما إذا كان هناك احتمال تغير نظرة أحد الأطراف إلى العقد كما تم الاتفاق عليه وتنفيذ شروطه . فإذا كان هناك احتمال ولو ضئيل ، فلا بد من التأكد أن هناك فقرة فى العقد تهدف إلى تسهيل عملية التفاوض على التعديل ، خاصة إذا كان طلب التعديل صادراً من قبل أحد الأطراف .

والتعديل عمومًا يدور حول التفاصيل المنصوص عليها فى العقد وقت التوقيع عليه ، غالبًا ما تكون العقود التجارية الدولية ، خاصة العقود الفنية المعقدة والعقود طويلة المدة منها ، مليئة بالتفاصيل الفنية والمواصفات التى يتطلبها تنفيذ العقد ، مثل التفاصيل المتعلقة بالتزامات الطرفين . كما أن هناك تفاصيل تتعلق بموضوع العقد ومواصفات العمل المراد تنفيذه أو إنتاجه . فكلما كثرت التفاصيل كثر احتمال التغيير

أثناء تنفيذ العقد عندما يرى أحد أو كلا الأطراف الحاجة إلى ذلك . فعند التعاقد قد يكون الأطراف راغبين فى تنفيذ العقد بطريقة معينة ، ولكن عند التنفيذ قد يحدث تغير يؤدى إلى الحاجة أو الرغبة إلى التغيير فى طريقة التنفيذ أو في المواصفات . وتكبر المشكلة وتتعقد عندما يكون الراغب فى التغيير هو أحد الأطراف من وجهة نظر واحدة فقط . فإذا كان العقد صامتًا عن الطريقة التى يمكن أن يتم بها التعديل أو التفاوض حوله ، فقد يجد أطراف العقد أنفسهم خلال عملية التنفيذ أمام مشكلة كبيرة ، خاصة إذا كان أحد الأطراف يرفض عملية التعديل والتجاوب مع طلب الطرف الآخر . من هنا تنشأ الحاجة إلى الطريقة التى يمكن أن تتم بها عملية التغيير مع إرضاء الطرف الآخر بهدف تنفيذ العقد بين الأطراف (١٠) .

لذلك ومن كل ما تقدم نجد أنه لا بد من الاهتمام بوضع شرط يسمح بتعديل العقد وطريقة التعديل أو التجديد فيما لو دعت الحاجة إلى ذلك ، مثل عقود القروض والصيانة والتراخيص الصناعية لحقوق الملكية الفكرية والصناعية أو الوكالات التجارية غير المحددة المدة ... إلخ . إلا أنه يجب التمييز بين العقود التجارية الدولية التى يتم عقدها لمرة واحدة فقط وتلك التى يُنَص فيها على أنها مستمرة ، أو سوف تستمر لفترة مماثلة ، إلا إذا تم إنهاؤها وفقًا لإشعار نظامى ، وبين العقود التى ستنتهى بعد انتهاء مدتها الأصلية المنصوص عليها ما لم تجدد .

المبحث السادس

الشروط المتعلقة بسرية المعلومات وضرورة المحافظة عليها

فى حالة ما إذا لم يتم تحديد نوعية المعلومات السرية التى يجب على أحد الأطراف المحافظة عليها ، فالمهمة الأولى الواجب على من يقوم بالصياغة القيام بها عند صياغته للبند المتعلق بسرية المعلومات ، هى تحديد المعلومات التى تُعَدُّ أو يرغب الأطراف فى أن تكون سرية .

وبما أن الطرف الذى يطلب الحماية لهذه المعلومات فى العقد هو الطرف الذى يقدمها ، فإنه سيطلب أكبر قدر من الحماية بقدر ما يستطيع ، كما سيعمل على البحث

عن تعريف واسع وعريض لما يجب أن يكون سريًا بالنسبة للطرف الآخر ليلتزم بالمحافظة عليه وعدم إفشائه .

ومن جانب آخر نجد أن الطرف المُطَالَبُ بالمحافظة على المعلومات السرية يحاول جاهداً ألا يتم التوسع فى تعريف ما يجب أن يكون سريًا ويحاول أن يكون التعريف محدداً فى أضيق نطاق بقدر الإمكان .

لذلك فالحاجة تدعو إلى تحديد المعايير التى بموجبها يتم تحديد ما يعتبر سريًا من المعلومات المقدمة من أحد الأطراف للطرف الآخر . وهذه المعايير فى الغالب ثلاثة معايير لتحديد ما إذا كان تعريف ما يُعَدُّ سريًا من عدمه تعريفًا واسعًا أم لا ، وهى كما يلى :

أولاً :- تحديد ما إذا كان التعريف سوف يطبق على كل أو بعض المعلومات الموصوفة فى العقد أو فى أى من ملاحقه ، أو أن تكون قد عُرِّفت بالإشارة إليها على اعتبارها أنها نوع معين من المعلومات .

ثانيًا : - تحديد ما إذا كان كل المعلومات المقدمة ، سواء كانت مقدمة شفاهة أو كتابة أو أى معلومات تكون قد خزِّنت بشكل مادى معين ومحدد بما فيها الكتابة ، سوف تَكون محمية وتدخل فى المعلومات المطلوب حمايتها .

ثالثًا : - تحديد ما إذا كانت المعلومات المقدمة أو المضمنة فى العقد ، أيًا كان تعريفه ، سوف تكون محمية فقط عندما أو إذا تم الكشف عنها عمداً من قبل طرف إلى آخر ، أو أن يكون الطرف ملزمًا إذا حصل على معلومات من خلال اتحاده وعمله مع الطرف الآخر حتى ولو لم يكن هناك كشف عنها بالطريق المتعمد [١١] .

والتعريف الضيق لما يجب أن يكون سرياً سوف يؤدى إلى أن نطاق الحماية لن يشمل إلا ما تم النص على أنه واجب الحماية ، وهذا قد يؤدى بدوره إلى نشوء نزاع بين الأطراف أصحاب العلاقة ، عندما يعمد كل طرف إلى محاولة التفسير لمعنى كلمة السرية بما يتفق ومصالحه . لذا فإننا لا ننصح بمثل هذا التفسير خاصة إذا كان من يقوم بالصياغة مستشاراً قانونيًا عن صاحب المصلحة فى حماية مثل هذه المعلومات . والتعريف الضيِّق للمعلومات السرية هو ذلك التعريف الذى يترك مجالاً للاحتمال والتخمين كما هو الحال فى التعريف التالى :

"المعلومات السرية يجب أن تعنى كل معلومات تم الكشف عنها من قبل طرف إلى طرف آخر كتابة ، شريطة أن يكون كل جزء من هذه المعلومات معتبراً فى نظر الشخص المعتاد Reasonable Man معلومات سرية "

أما تعريف ما هى المعلومات السرية بشكل واسع فيفضل أن تكون صياغته كما يلى :

"المعلومات السرية يجب أن تعنى كل المعلومات سواء شفاهة أو كتابة أو تم الحصول عليها من خلال النظر ، أو أن تكون مسجلة بشكل مكتوب أو أى وسيلة تسجيل أخرى ، أو تم الكشف عنها أو تم الحصول عليها أو تقديمها لطرف من قبل الطرف الآخر ، أو من قبل طرف ثالث نيابة عن الطرف الآخر . وبدون تأثير على عمومية ما تم ذكره من تعريف ، فإن عبارة المعلومات السرية يجب أن تتضمن دون تحديد ما يلى :

(أ) أى معلومات يمكن التحقق منها أو الاطلاع عليها بطريق الفحص أو التحليل أو العيِّنة .

(ب) المعلومات الموصوفة أو المذكورة فى الجدول أو الجداول المرفق / أو المرفقة بهذا العقد .

(ج) أى معلومات لها علاقة بعمل ، عمليات ، خطط ، نيات ، معلومات الإنتاج ، المعرفة التقنية (Know-how) ، حقوق التصميم ، السرية التجارية ، عمليات السوق ، أسرار العملاء وأسرار العميل وعملياته ....إلخ " .

وبعد تحديد التعريف اللازم للمعلومات السرية التى يجب المحافظة عليها حسب مصلحة العميل ، لا بد من تحديد الالتزامات التى تفرض لحماية هذه المعلومات . وهذه الالتزامات تحدد المدة التى يجب أن تكون فيها هذه المعلومات سرية وتنتهى هذه السرية بنهايتها ، ومَن من الموظفين يجب عليه المحافظة على هذه المعلومات . ومثل هذا الالتزام شيء متعارف عليه ، لأن غالب التزامات المحافظة على السرية فى العقود التجارية الدولية تفرض لمدة لا تقل عادة عن خمس سنوات ، تصبح بعدها هذه المعلومات معلومات عامة متداولة ومعروفة ومن ثم غير سرية نظراً للتطور التقنى السريع .

وفى حالة ما إذا كانت المعلومات السرية قد تم الحصول عليها من قبل شركة وكانت هذه الشركة تملك عدة شركات أخرى - كما هو الحال فى الشركات العالمية الكبيرة مثل : لوكهيد ، ميتسوبيشى ، بكتل ، شركات الكمبيوتر عامة ، وكافة الشركات التى تملك تقنية متقدمة ، ولها فروع خارج المقر الرئيسى للشركة ، أو تملك شركات أخرى وليدة تستخدم بعض أو كل هذه التقنية - فإننا نجد أن هذه الشركات ستحاول أن تفرض على أى مستخدم للمعلومات سرية المحافظة عليها ، مما يتطلب معه تحديد المستلم لهذه المعلومات بهدف فرض الالتزام بالمحافظة عليها وعلى أى من الشركات الأخرى أو الموظفين الآخرين أو الوكلاء الذين لهم حق الاطلاع أو يمكن لهم الحصول على هذه المعلومات أو جزء منها.

وليس كافيًا فى كثير من العقود التجارية الدولية ، وخاصة تلك العقود التى يتطلب تنفيذها الكشف عن معلومات سرية متقدمة ، أن يتم النص على منع المستلم لهذه المعلومات من الإفصاح أو الكشف عنها فقط ، بل يجب النص بأن عليه الامتناع عن استخدامها لأغراضه الشخصية ، ويجب أن يكون استخدامها وفقًا لما هو محدد فى العقد فقط ، وللغرض الذى تم الكشف عنها من أجله . مثلاً ، عندما يكون المُصنِّع قد تسلَّم بعض المعلومات السرية المتعلقة بتقنية معينة بهدف التقويم أو التحليل لشيء معين ، فليس من المسموح به للشخص المُتسلِّم لهذه المعلومات استخدامها فى أى استخدام آخر غير الغرض الذى من أجله كشفت له هذه المعلومات ، كأن يستخدمها فى عملية الإنتاج الخاصة به خارج نطاق العقد الموقع مع المالك لهذه المعلومات (١٢) .

وبعد أن يتم فرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات ، هناك بعض الاستثناءات لهذه السرية ، لذلك لا بد من النص إلى أن ما يتم استثناؤه من معلومات يعتبر غير سرى بحكم هذا الاستثناء . هذه الاستثناءات تتعلق بالمعرفة العامة بهذه المعلومات أو ما يعرف بـ Public knowledge ، والتى يستحسن أن يتم النص عليها فى العقد ، خاصة فى الدول التى تأخذ بالقانون العام وتسمح قوانينها بأن يتم فيها تجاوز هذه الاستثناءات بالنص فى العقد على خلافها (١٣) .

المبحث السابع

شرط كامل العقد وتحييد الاتفاقات الأخرى بين الأطراف

نظراً لكثرة المراسلات فى العقود التجارية الدولية ، فإن من مصلحة الأطراف تسجيل كل التزاماتهم التى لها علاقة بموضوع التعامل التجارى فى وثيقة واحدة أو مجموعة وثائق ملحقة بعقد واحد ، كما أن من مصلحتهم استثناء أى وثائق أخرى قد تم تبادلها بينهم أثناء عملية التفاوض ، التى سبقت الاتفاق النهائى بينهم على العقد النهائى أو فى أى مرحلة أخرى قبل التوقيع على العقد من قوتها القانونية ، مثل المكاتبات والخطابات الأولية ، الأسعار ، أو وثائق الدعاية ، وغير ذلك من المحادثات الشفوية أو المناقشات . ومثل هذه الوثائق عادة تشمل كل ما يتعلق بالاتصالات بين الأطراف وكل ما تم تبادله فيما بينهم بما فى ذلك الاتصالات الهاتفية والمناقشات الشفوية . ولكن قد يكون من المهم جداً الإشارة إلى بقاء بعض الشروط فى الاتفاق السابق نافذة وإلغاء غير المكتمل ، مما يعنى طرح السؤال التالي ، هل من الضرورى وضع شرط فى العقد ينص ويعدد الوثائق التى تُكَوِّن كامل الاتفاق أو العقد ؟ . لا شك أن النص على مادة تبين وتعدد الوثائق التى تُكَوِّن كامل العقد بين الأطراف ، أصبحت متداولة ومتعارفًا عليها فى العقود التجارية الدولية ، مع الأخذ بعين الاعتبار عند صياغتها ما تنص عليه قواعد القانون الواجب التطبيق على العقد الذى تم اختياره من قبل الأطراف المتعاقدة .

كما أن النص عليها يساعد على تركيز الذهن نظراً لأنها تعنى أن الأطراف المتعاقدة سيأخذون بعين الاعتبار ما إذا كان هناك وثائق تم تبادلها بينهم قبل توقيع العقد قد غفلوا عن ذكرها [١٤] .

وصياغة مادة تحدد وثائق العقد التى يجب أخذها بعين الاعتبار تعنى تحييد الاتفاقات والوثائق الأخرى التى ربما تم تبادلها أو تمت بين الأطراف المتعاقدة قبل توقيع العقد . ويمكن صياغة هذه المادة وفقًا لما يلى :

"هذه الاتفاقية تحل محل وتلغى كل التعهدات ، التمثيل ، والضمانات التى سبق أن

تم تبادلها بين أطراف العقد والمتعلقة بموضوعه ، سواء كانت هذه التعهدات شفاهة أو كتابة قبل تاريخ التوقيع على هذا العقد ، والتى يجب أن تصبح لاغية من ذلك التاريخ" .

وهناك صياغة أخرى لنفى أى قوة إلزامية أو قانونية لمثل هذه الاتفاقات والتعهدات كما يلى :

"هذا الاتفاق يحل محل ويلغى كل التعهدات والضمانات والاتفاقات السابقة المتصلة بموضوع هذا العقد والتى سبق أن حدثت بين الأطراف ، سواء شفاهة أو كتابة قبل هذا التاريخ ، (تاريخ التوقيع على العقد) ، والتى يجب أن تكون ملغاة من تاريخ التوقيع على هذا العقد" .

مثل هذا النص يلغى كل اتفاقات سابقة متصلة بموضوع العقد ، ومن ثم يمكن الاحتجاج به فى حالة ما إذا تمت إثارتها من قبل أحد الأطراف عند حصول أى نزاع بينهم ، كحجة على الطرف الآخر فى العقد.

وفى حالة ما إذا كان النص على تحييد الاتفاقات الأخرى يدخل فيه تحييد أو إلغاء اتفاقات بين الأطراف ، فيجب أن يتضمن فقرة تنص على أن إلغاءها لا يعنى إلغاء لبعض بنودها وهو ما يعرف فى اللغة الإنجليزية بـ Survival Provisions ، فلا بد من صياغة نص يشمل إلغاء كافة البنود والنصوص بما فيها البند الخاص ببقاء الالتزامات دون إلغاء ، وذلك كما يلى :

"بموجب هذا الاتفاق يتم إلغاء كل الاتفاقات الأخرى بين الأطراف (إذا وجدت) والمتعلقة بموضوع العقد ، كما تُلْغَى أيضاً كافة الحقوق لأى طرف ضد الطرف الآخر فى العقد بمقتضى كل أو بعض الاتفاقات السابقة ، أو بموجب أى شرط فيها ، بصرف النظر عن وجود شرط فى الاتفاقات السابقة ينص على أن أى حقوق تتمخض عنها يجب ألا تتأثر بالإلغاء أو الإنهاء ، وجميع النصوص تعتبر مستبعدة حتى ولو كان فيها نصوص سارية أو تقضى بغير ذلك" .

المبحث الثامن

الشروط الخاصة بنقل التقنية وحقوق الملكية الصناعية والفكرية

يعتبر نقل التقنية من أهم الأهداف التي يطمح المتعاقد فى الحصول عليها، خاصة فى العقود التجارية التى يكون أحد أطرافها دولة من الدول النامية . ونحن فى العالم العربى خاصة نجد أن الحكومات العربية تخطط فى كثير من العقود الحكومية لتنفيذ خطط التنمية عن طريق التعاقد مع الشركات العالمية الكبرى التى لها باع طويل فى التقدم التقنى بهدف الحصول على التقنية التى تملكها على المدى الطويل .

لذلك أصبح موضوع نقل التقنية من أهم قضايا التنمية التى تهدف البلدان النامية عمومًا إلى تحقيقها. بالإضافة إلى كونه مصدر نزاع بين الدول الصناعية والدول النامية فى كثير من المحافل الدولية ، مما سبب الكثير من التوتر أو احتواء كثير من حكومات الدول النامية عن طريق الترغيب والترهيب من قبل الدول القوية صناعيًا [١٥] .

كل هذا أثَّر تأثيراً كبيراً فى قضايا التجارة الدولية ، وولَّد الكثير من المشاكل التى تعوق التنمية الحقيقية للبلدان النامية ، التى من أهمها مشكلة الديون المتراكمة على الدول النامية نتيجة للشروط القاسية التى تُفْرَضُ عليها من قبل الدول الصناعية ، سواء كانت هذه الشروط مفروضة على نقل التقنية أو للحصول على القروض اللازمة لعملية التنمية ، والتى يتم الحصول عليها دون وعى للأهداف المقصودة من وراء إعطائها أو المصاحبة لها ، لأن نسبة من هذه القروض تذهب لسداد الديون الناتجة عن شراء التقنية من الدول الصناعية [١٦] .

والتقنية بمعناها الواسع تشمل كافة حقوق الملكية الفكرية والصناعية بجميع عناصرها التى يمكن أن تكون محل بيع وشراء ليمكن نقلها [١٧]. وهذه العناصر تشمل ، بدون حصر ، ما يلى :

- براءات الاختراع .

- العلامات التجارية .

- المعرفة غير المسجلة أو غير القابلة للتسجيل وفقًا للقوانين التى تنظم براءات الاختراع والعلامات التجارية .

- المهارات التى لا تنفصل عن أشخاص العاملين .

- المعرفة التقنية المتجسِّدة فى أشياء مادية ، وبصفة خاصة المعدات بأنواعها .

أو يمكن تعريفها هى بمعنى أعم وأشمل بأنها " المجموع الكلى للمعرفة العلمية المكتسبة والخبرات المستخدمة فى تطوير أساليب العمل والإنتاج والخدمات" [١٨].

وعلى الرغم من أن نقل التقنية يتم فى الغالب من خلال التعاقدات التجارية الدولية ، وعلى الخصوص العقود التجارية التى يكون موضوعها تقنية عالية ، فإنها منظمة فى كثير من بلدان العالم بقوانين خاصة تحدد مدة الالتزام بالحقوق للمالك الأصلى للتقنية ، وما يستتبعها من سرية المعلومات التى تصاحبها أو تنشأ عن استخدامها [١٩] .

كذلك هناك معاهدات واتفاقات دولية تنظم عملية الحد من نقل التقنية أو وضع الشروط التعسفية لنقلها إلى الدول النامية وعلى رأس هذه المنظمات الدولية التى لها باع طويل فى هذا المضمار ، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية The United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) الذى وضع بعض القواعد والمبادئ التى تضمن عدم الإجحاف فى وضع الشروط التى تحكم نقل التقنية ، أو بمعنى آخر تمنع أى عوائق تحول دون نقل التقنية بين الدول الأعضاء [٢٠] .

ولا شك أن الترخيص باستعمال حق الملكية الصناعية أو نقل التقنية فى العقود التجارية الدولية يحتاج إلى نص فى العقد يضمن حقوق والتزامات الأطراف . وبما أن الطرف الذى يحتاج إلى مثل هذه التقنية عادة يكون هو الطرف العربى أو الطرف المستخدم لها من العالم النامى ، فإن صياغة الفقرة فى العقد التى تنص على حقوق والتزامات الأطراف فى العقد التجارى الدولى تحتاج إلى عناية كاملة من قبل من يقوم بالصياغة لمصلحة الطرف المستخدم لها ؛ حتى يضمن عدم التعسف فى وضع الحواجز وسد كل الطرق الممكنة للاستفادة مستقبلا من مثل هذه التقنية ؛ لأن الطرف المقدِّم

للتقنية سيعمل كل ما فى وسعه لتعريف حقوق الملكية الصناعية ووضع الضوابط القاسية فى حق المستخدم للتقنية من قبل الطرف المحتاج لها بقدر الإمكان ليضمن خضوعه لكل طلباته واستنزاف كل ما لديه ، ليصبح رهينة له طيلة مدة العقد وبعده المدة المُلْزَم بها وفقا لنصوص العقد التى تبقى نافذة فى حقه حتى لو انتهى العقد أو تم تنفيذه .

لذلك يجب على من تسند إليه مهمة الصياغة لأى اتفاقية لنقل التقنية أو استخدام للتراخيص الصناعية أن يعمل على وضع تعريف محدد لما يتم الاتفاق على نقله ، أو لنطاق الاستخدام لأى حقوق ملكية صناعية أو فكرية [٢١] . مثلاً فى عقود التطوير عندما يكون التطوير لنوع المُنْتَجِ داخلاً فى العملية التجارية ، فإنه من الضرورى تحديد من سوف يكون مالكًا للعديد من الحقوق التى تكون موجودة قبل توقيع العقد أو أن تكون قد نشأت أثناء تنفيذه .

ولابد من تحديد معنى المعرفة التقنية Know-how بشكل دقيق ، نظراً لأن هناك تداخلاً ، إلى حد بعيد ، مع معنى المعلومات السرية ، ولأن المعرفة التقنية بمعناها العريض الواسع هى معلومات بحد ذاتها . كما أن بعض العقود تتحدث عن أسرار تجارية أو معلومات مملوكة أو محل حق ملكية ، بينما المعرفة التقنية ليست حق ملكية فكرية لأنه ليس بإمكان أى شخص أن يملك المعرفة ملكية مطلقة ، فقد تكون المعلومات مضمَّنة فى مواد محسوسة أو وثائق مرفقة بالعقد ، مثل الوثائق أو الرسومات الهندسية ، نظراً لأن مثل هذه المعلومات والوثائق المضمنة فيه يمكن تملكها [٢٢] .

وقد تنشأ بعض الصعوبات بشأن الاتفاق بين الأطراف على كيفية تحديد تعريف المعرفة والتقنية ، ومعرفة الفرق بينها وبين المعلومات السرية ، عندما يرغب كل طرف أن يكون التعريف غير مقيد له ويحمى مصالحه . مثلاً سوف يحاول الطرف المالك لهذه المعرفة التقنية جاهداً أن يضع التعريف المقيد لاستخدام هذه المعرفة من قبل الطرف المتلقى لها [٢٣] . كما يعمل على إدخال الضمانات الممكنة والمحتملة لحماية هذه المعرفة التقنية التى تم التعاقد على نقلها إلى حد بعيد . أما الطرف المتلقى لهذه المعلومات فهو عادة يسعى جاهداً لأن يضع تعريفاً غير مقيد له فى استخدامه لهذه المعرفة والمعلومات التى سوف يحصل عليها من استخدامه لها.

ونحن كمستشارين قانونيين لرجال الأعمال فى البلاد العربية يجب أن نحاول بقدر الإمكان خدمة لعملائنا وضع التعريف الذى يخدم الهدف ، ويعمل على تطور البلد من خلال وضع تعريف غير مقيد بقدر الإمكان . وهذا يعتمد بدوره على القدرة التفاوضية لمن يتفاوض حول العقد التجارى الدولى ، كما يعتمد على المعرفة القانونية بالطرق والأساليب التى تستخدمها الشركات المالكة لهذه المعرفة التقنية .

وبعد تجاوز الاختلاف فى وجهات النظر التى سوف تظهر بين الأطراف ، عندئذ يتم صياغة الفقرة اللازمة والتى تخدم هدف الطرف المتلقى للمعرفة التقنية . وليس بالإمكان صياغة فقرة كمثال فى هذا المجال ، كما أشرنا سابقًا ؛ لأن النص فى العقد على نقل التقنية والمحافظة عليها يعتمد على القدرة التفاوضية مع صاحب المعرفة التقنية ، ومدى توفر مثل هذه المعرفة لدى المنافسين ، بحيث يمكن لمن يفاوض أن يضغط من أجل الحصول على أضيق تعريف لها حتى يمكن تفادى أى تقييد لاستخدامها من قبل المتلقى لها .

والعكس صحيح عندما يكون المستشار القانونى مفاوضًا عن الشركة صاحبة التقنية ، فعليه - وبحكم قواعد وأخلاق المهنة - أن يعمل ما فى وسعه لمراعاة مصالح عميله من وضع التعريف الواسع الذى يضمن من خلاله عدم استخدام المتلقى لهذه التقنية فى غرض آخر غير ما تم التعاقد عليه ، وللمدة الكافية ، والمحافظة على كل الأسرار التى تكون قد كُشِفَت له أو اطلع عليها أو نتجت له من خلال استخدامه لهذه التقنية ، وللمدة التى يعتقد المستشار القانونى أنها كافية للمحافظة على مصلحة عميله . ومن المهم فى هذه الحالة الأخيرة ، وهى حالة ملكية الحقوق للتقنية التى تكون قد نتجت عن استخدام المرخص له للمعرفة التقنية ، أن يتم تحديد المالك الحقيقى لأى تقنية جديدة يتم الحصول عليها عن طريق التفاوض بين أطراف العقد التجارى الدولى [٢٤] .

المبحث التاسع

شرط تحديد القانون الواجب التطبيق ، والاختصاص القضائى وأسلوب حل النزاع الذى قد ينشأ عن تنفيذ العقد

فى العقود التجارية الدولية يجب على من يقوم بالصياغة أن يأخذ فى اعتباره الحاجة إلى وضع فقرة فى العقد توضح القانون الواجب التطبيق على أى نزاع قد ينشأ عن تنفيذ العقد التجارى الدولي . كذلك اختيار أسلوب حل النزاع لأى نزاع قد ينشأ مستقبلاً بين أطراف العقد التجارى أثناء تنفيذ العقد شىء ضرورى بموجبه يحدد الأطراف الجهة المخولة بنظر النزاع مبدئيًا ، دون أن يكون ذلك مفروضًا عليهم بحكم القانون . هذا الاختيار لأسلوب التقاضى لا يلغى الحاجة إلى تحديد المكان والقانون الواجب التطبيق على العقد . كما أن اختيار المكان الذى يرغب الأطراف أن تتم فيه المحاكمة ، وهو ما يسمى بالاختصاص المكانى للتقاضى Allocation of Jurisdiction شىء ضرورى لا بد من تعيينه وتحديده والنص عليه فى العقد .

ولا شك فى أن القانون الواجب التطبيق وأسلوب حل المنازعات التى قد تنشأ عن تنفيذ العقد سوف يكون محل تفاوض بين أطراف العقد التجارى الدولى ، نظرًا لرغبة كل طرف فى اختيار القانون الذى يكون له معرفة به ، واختيار مكان التقاضى الذى يعتقد أنه الأفضل له . فالمتعاقد الأمريكى مع آخر سعودى على توريد بضائع أو تجهيزات معينة ذات مواصفات فنية وتقنية عالية ، سيفضل وبلا شك أن يكون حل أى نزاع قد ينشأ عن العقد وفقًا للقانون الأمريكى ، وأن تتم المقاضاة فى الولايات المتحدة الأمريكية ، اعتقاداً منه أن القضاء الأمريكى أكثر فهمًا أو نزاهة من غيره ، أو رغبة فى اختيار القانون الذى يكون على معرفة به .

لكل هذا ففى العقود التجارية الدولية نجد أن أسلوب حل النزاع الذى قد ينشأ عن تنفيذ العقد و يرضى كافة الأطراف فيه والأكثر استخدامًا هو التحكيم ؛ لما له من مزايا كثيرة نبينها عند حديثنا عن التحكيم فى نهاية هذا المُؤلف . ولكن النص على اللجوء إلى التحكيم عادة يُسْبَق بالنص فى فقرة مستقلة على أن على أطراف العقد

التجارى الدولى فى حالة نشوء أى نزاع بينهم على تنفيذ العقد أن يعملوا على حل النزاع وديًا عن طريق التفاوض بحسن نية ، فإذا لم يتم التوصل إلى حل عن طريق التفاوض يتم اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاع بينهم ، وذلك بالنص فى العقد صراحة على أن الأطراف قد اختاروا التحكيم أسلوبًا لحل أى نزاع بينهم فى المستقبل .

وشرط التحكيم فى العقد يعتبر شرطًا تعاقديًا ، بل ويعتبر عقداً مستقلاً بذاته عن بقية نصوص العقد لا ينقضى أو ينتهى بفسخ العقد أو بطلانه (٢٥) . واختيار التحكيم أسلوبا لحل النزاع الذى قد ينشأ بين أطراف العقد التجارى الدولى لا يلغى الحاجة بل والضرورة إلى النص على القانون الواجب التطبيق على العقد من قبل المحكمين أنفسهم عند نظر النزاع المعروض عليهم .

وعند اختيار التحكيم على أنه وسيلة حل النزاع المختارة من قبل الأطراف مستقبلاً ، يجب على من يقوم بصياغة شرط التحكيم فى العقد أن يُفَصِّل فى ذلك ، كأن يتم النص على تخصص المحكم أو المحكمين ووجوب معرفته بطبيعة موضوع العقد ، وعدد المحكمين ...إلخ . والسبب فى ذلك أن هناك من العقود التجارية الدولية ما هو من التعقيد والتقنية العالية التى تتضمن تفاصيل كثيرة ومعقدة يتطلب حلَّ المشاكل التى قد تنشأ عن تنفيذها إلى محكمين ذوى خبرة فى المجال نفسه بقدر الإمكان ، وإلا احتاج الأمر إلى تعيين خبراء فى طبيعة موضوع العقد التجارى الدولى لتوضيح ما هو خافٍ على المحكمين وشرحه لهم حتى يتمكنوا من فهم العقد وطبيعة النزاع المنظور أمامهم ليتسنى لهم الحكم فيه بكل عدالة ، حتى لا يفقد التحكيم الهدف منه . لأن اللجوء إلى خبراء سوف يزيد من تكاليف عملية التحكيم ، ويفقده ميزة مهمة وهى اختصار الوقت وتوفير المال على أطراف العقد التجارى الدولى .

كذلك على من يقوم بصياغة شرط التحكيم فى العقد أن يحيط بكافة الاحتمالات التى يجب على المحكمين النظر فيها ، ويعنى ذلك أن تتم صياغة شرط التحكيم ليتضمن النص على أن المحكمين مخولون بالنظر والحكم فى كل الأسئلة والنزاعات المتعلقة بمعانى الكلمات والعبارات ، وأى نزاع يتعلق بالحقوق والمسئوليات والتزامات الأطراف التى ينص عليها العقد ، أو أى نزاع يتعلق أو ينشأ عن تنفيذ العقد ذاته ، وأن المحكمين المختارين من قبل الأطراف ، أو المعينين من قبل الجهة المخولة بذلك ، أو

المتفق على أن يكون لها حق التعيين ، مخولون بنظرها ويدخل فى اختصاصهم النظر والحكم فيها .

أيضاً لا بد أن يتضمن شرط التحكيم فى العقد طرق اختيار المحكمين كالنص على أن اختيار المحكمين يكون عن طريق طرف ثالث غير أطراف العقد ، ومن سوف يقوم بدفع تكاليف التحكيم بما فيها أتعاب المحكمين . فإذا لم يتم النص فى العقد على وصف الشخص الذى يتم اختياره كمحكم أو على عدد المحكمين أو على طريقة دفع أتعاب التحكيم ، ولم يتم الاتفاق على ذلك بين الأطراف فى عقد التحكيم الموقع بينهم Terms of reference ، فسوف يتم اللجوء عندئذ إلى قانون التحكيم الذى عادة ما يبين ذلك بالتفصيل ويتم الاحتكام له فى حالة عدم النص على مثل هذه التفاصيل من قبل أطراف العقد التجارى أنفسهم .

أيضاً من الأشياء الضرورية التى يجب أخذها بعين الاعتبار من قبل من يقوم بالصياغة ، والتى يجب عليه أن ينبه لها أطراف العقد التجارى الدولى ، هو تحديد المدة التى لا بد للمحكمين أن ينهوا عملية التحكيم فيها ، حتى لا تؤدى طول المدة إلى إلغاء الهدف الذى من أجله نشأت فكرة اللجوء إلى التحكيم ، وهو توفير الوقت والمال والجهد على أطراف العقد أنفسهم .

المبحث العاشر

الشروط الخاصة بالإشعارات

أثناء تنفيذ كثير من العقود التجارية الدولية ، هناك حالات كثيرة تتطلب توجيه إشعار من طرف إلى آخر ، مثل حالة ما إذا توقف أحد الأطراف عن التنفيذ نظراً لحدوث قوة قاهرة Force Majeure أو تغيُّر فى الأسعار Price Variation أو إنهاء للعقد Termination of contract لسبب يعتقد أحد الأطراف أنه مقنع ومعقول (٢٦) .

ونظراً للتقدم التقنى فى قطاع الاتصالات أصبح تقديم إشعار من قبل طرف إلى آخر من أطراف العقد شيئاً معقداً ، نظراً لتعدد الوسائل التى يمكن استخدامها فى

توجيه الإشعار من قبل أطراف العقد كالفاكس ، والتلكس ، والبريد الإلكترونى ...إلخ ، لذلك من الضرورى صياغة نص فى العقد يحدد كيفية إرسال مثل هذه الإشعارات التى قد يلجأ الأطراف إلى توجيهها إلى بعضهم البعض ، كأن يبين المكان أو الأماكن التى سوف يوجه إليها الإشعار لأى طرف من أطراف العقد ، والمدة التى يعتبر الإشعار بمرورها قد تم تسليمه والطريقة التى يرسل بها [٢٧] ، كالنص على أن كافة الإشعارات تكون بواسطة البريد المسجل أو بواسطة التلكس وليس بواسطة الفاكس ... وهكذا [٢٨] .

كما أن صياغة مادة الإشعارات فى العقد يجب أن تبين بكل وضوح متى يكون الإشعار نافذًا فى حق من أُرْسِل له ، بحيث يتم تحديد الوقت الذى يفترض فيه أن يكون الطرف المرسل إليه الإشعار قد استلمه . فإذا لم يُوضَّح فى الإشعار مدة نفاذه قد ينشأ نزاع بين الأطراف ومن ثم يصبح من الصعوبة تحديد الأثر القانونى له . فقد يصل الإشعار فى الوقت المحدد ولكن لم يصل إلى الشخص المعنى به أو لم تتم قراءته من قبل المعنى بالأمر فى الشركة أو المؤسسة التجارية المرسل لها . ويكون تحديد مدة النفاذ بالنص على أن الإشعار يُعْتَبَر قد تم تسلُّمه من قبل الطرف المرسل إليه ، عندما يكون قد تم تَسليمُه من قبل شخص أو ساعى البريد خلال ساعات العمل المتعارف عليها لدى المُرْسَلِ إليه ، أو أن تكون قد أُرسِلَت بواسطة التلكس وتم التحقق من إرسالها ووجود ما يؤكد ذلك خلال ساعات العمل للمُتسلِّم لها ، أو فى اليوم الرابع (مثلاً) إذا تم إرسالها بواسطة البريد المسجل على العنوان المحدد فى العقد ، (ويتم ذكر العنوان الذى يجب أن يوجه إليه الإشعار ، كأن يتم الإرسال على العنوان المنصوص عليه فى العقد أو آخر عنوان معروف للطرف المرسل إليه الإشعار) . وفى حالة ما إذا سمح العقد بأن يكون الإشعار عن طريق الفاكس أو التلكس أو البريد الإلكترونى ، فعلى من يقوم بالصياغة الاحتياط بوضع نص فى العقد يلزم من يقوم بإرسال الإشعار أن يؤكد ذلك برسالة مسجلة لتحاشى مشكلة التزوير أو ادعاء التزوير [٢٩] . ويستحسن أن تتم صياغة مادة فى العقد تنص على ما يلى :

"أى إشعار مطلوب وفقًا لهذا العقد يجب أن يعتبر قد تم تسلُّمُه ، وذلك فى الحالات التالية :

١ - إذا أُرْسِل بواسطة البريد المسجل المدفوع التكاليف مسبقًا Pre-Paid إلى الطرف المُتسلِّم لَه فى آخر عنوان معروف له ، وفى كل حالة يجب أن يكون نافذًا فى اليوم الثالث لتسليمه إلى البريد.

٢ – إذا أُرْسِل بواسطة الفاكس أو التلكس إلى رقم فاكس أو تلكس المُتسلِّم له ، وفى كلا الحالين يجب أن يكون نافذاً بعد إرساله مباشرة ، (أو يجب أن يكون نافذاً عندما يتسلَّم المُرْسِل تأكيد تسلُّمِه ، أو فى كلا الحالين أن يكون نافذاً فى يوم العمل التالى بعد إرساله) .

والهدف من صياغة مثل هذا النص هو الحد بقدر الإمكان من نشوء نزاع يكون مبرره الوحيد عدم تَسَلُّمِ الإشعار بالإنهاء فى الوقت المحدد .

المبحث الحادى عشر

الشروط الخاصة بلغة العقد

الأطراف فى العقود التجارية الدولية عادة لا يتكلمون لغة واحدة . بينما يكونون معًا قادرين على التحدث بلغة مشتركة أخرى هى لغة أحد الأطراف أو أى لغة أخرى تكون لغة الاتصال فيما بينهم . واختيار لغة يتفق عليها الأطراف شىء ضرورى لأن فى كثير من العقود بعض التعابير والكلمات المعقدة والمتخصصة التى ربما تكون بعيدة عن فهم الأطراف المشترك لما تعنيه حقيقة ، مما قد يؤدى إلى نشوء تفسيرات متعددة ومختلفة .

أيضاً قد يكون هناك كلمات عامة ومتعارف عليها فى لغة واحدة ولا توجد فى لغة أخرى ، مما سوف يؤدى إلى أن ما كان مفهومًا من قبل الأطراف وقت التعاقد والتوقيع على العقد قد يصبح عقبة عند تنفيذه . لذلك يجب الاحتياط عند صياغة العقد التجارى الدولى بالنسبة لهذا الموضوع ومن ثم لا بد من ترجمة العقد إلى اللغة التى تتفق الأطراف المتعاقدة على أنها اللغة المعتمدة والحاكمة للعقد ، التى يجب أن يكون أصل العقد مكتوباً بها . مثل هذا سوف يسهل عملية تفسير الوثائق ونصوص العقد فيما لو حصل نزاع بين الأطراف حول تنفيذ أى التزام أو إذا لزم الأمر تحديد المعنى الحقيقى للكلمات والعبارات .

ومن خلال خبرتنا العملية لاحظنا أنه فى كثير من الحالات يحاول كل طرف من أطراف العقد جاهداً النص فى العقد على أن للغته نفس الحجية ومن ثم تتم صياغة

العقد بلغات الأطراف ويوضع شرط فى العقد ينص على أن لكلا اللغتين نفس الحجية . مثل هذا سوف ينشأ عنه مشكلة عند الاختلاف على تفسير بعض نصوص العقد وتمسك كل طرف باللغة التى يعتقد أن التفسير طبقاً لما يخدم مصلحته ، مما سوف يؤدى إلى الاختلاف بين الأطراف ، ومن ثم لا بد من اللجوء إلى القضاء لإثبات أن تفسيره وفقًا للغة التى اختارها هو التفسير الصحيح . وتحاشياً لذلك يتم تحرير العقد بلغتين هما لغتا الأطراف أو لغة مشتركة بينهما ولغة أحد الأطراف ، على أن يتم النص على اللغة التى سيكون لها السيادة فى التفسير والحاكمة للعقد ، كما قد يكون فى هذا النص استجابة لما تقضى به بعض القوانين الوطنية ، حيث قد نجد فى بعض الدول أن القانون الوطنى يحدد اللغة الوطنية أو اللغة الرسمية للدولة على أنها اللغة المعترف بها لتحكم كل العقود والاتفاقات التى تكون خاضعة للقانون الوطنى ، مثل ما هو الحال فى المملكة العربية السعودية ودول مجلس التعاون الخليجى(٣٠) . وتتم عادة صياغة مثل هذا النص كما يلى :

"تم تحرير هذا العقد من نسختين [أو أكثر وفقًا لرغبة وحاجة الأطراف المتعاقدة] باللغتين [مثلاً العربية والإنجليزية] وفى حالة حصول أى نزاع أو خلاف بين أطراف العقد فيما يتعلق بتفسير نصوص هذا العقد أو حصول أى تعارض بين اللغتين فإن النص المحرر باللغة العربية هو النص المعتمد للعقد .

وفى حالة ما إذا تم النص فى العقد على القانون الواجب التطبيق عند حصول نزاع بين الأطراف فقد يتم حل مشكلة اختيار اللغة المعتمدة أو الحاكمة للعقد ؛ لأن قواعد تنازع القوانين تنص عادة على أى من النسخ أو اللغات المكتوب بها العقد تكون لها القوة ومن ثم تحكم النزاع . إلا أن هذا صحيح فقط فى الدول التى تأخذ بمبدأ تنازع القوانين ، وهو المبدأ غير المعترف به فى المملكة العربية السعودية .

أما إذا كان الأطراف قد اختاروا أن يكون الاختصاص القضائى لهيئة تحكيم ، فإن الاختيار سوف يكون للمحكمين فى هذه الحالة ، ولكن الحل الأمثل هو النص على اللغة التى تكون حاكمة للعقد ، وأى تفسير يجب أن يكون وفقًا لها تحاشيًا لأى اختلاف فى المستقبل على ذلك .

المبحث الثانى عشر
الشرط الخاص بالتعهدات والضمانات

هناك العديد من الضمانات التى قد تكون مطلوبة للتأكد من الالتزام بالأنظمة والقوانين المحلية فى بلد التنفيذ من قبل المتعاقد إن كان الموضوع يتعلق بتنفيذ مشروع معين ، أو تطبيق ما تتطلبه الأنظمة والقوانين اللازمة فى بلد المُصَدِّر إن كان موضوع العقد يتعلق بتصدير أو توريد بضائع معينة ، بالإضافة إلى ضمان حسن التنفيذ فى عقود التوريد أو تقديم الخدمات (٣١) ، أو التعهد بضمان التعويض عن الإخلال بالالتزامات المنصوص عليها فى العقد ، وهو ما يسمى بالشرط الجزائى (٣٢) .

ومن أمثلة هذه الضمانات والتعهدات التى يمكن النص عليها فى العقود التجارية الدولية ما يلى :

أولاً : تعهد وضمان أن الشخص الموقع على العقد ، إذا كان المتعاقد شخصًا اعتباريًا ، لديه التفويض اللازم من قبل من يمثله ، كمجلس الإدارة فى الشركة مثلاً ، لاتخاذ القرار بالتعاقد وتوقيع العقد (٣٣) .

ثانيًا : التعهد والالتزام بالقوانين الوطنية . وهذا التعهد ذو فائدة كبيرة فى العقود التجارية الدولية التى يكون فيها المُتعاقد المُنفِّذ للعقد شركة أجنبية (٣٤) .

ولا شك أن الهدف من هذه التعهدات والضمانات هو التأكد من القيام بالعمل وتنفيذه بطريقة لا تخالف القوانين والأنظمة فى بلد التنفيذ . كذلك تهدف لأن يعمل كل طرف على التأكد من أن كل ما يقوم به متوافق مع الأنظمة والقوانين ذات العلاقة ، كأن يحصل على التراخيص اللازمة وفقًا للقانون المحلى لتمكينه أو الطرف الآخر من القيام بتنفيذ العقد على أحسن وجه ؛ مثل الحصول على رخص التصدير أو الاستيراد والتمسك بأنظمة العمالة المحلية أو الأنظمة التى تفرض استخدام نسبة معينة من المنتجات المُصَنَّعة محليًا ، إلى غير ذلك مما تفرضه الأنظمة والقوانين المحلية من شروط وضوابط للعمل فى البلد الذى سوف يتم تنفيذ العقد التجارى الدولى فيه (٣٥) . ويمكن

صياغة مثل هذه المادة فى العقد كما يلى :

"يلتزم ويضمن كل طرف من أطراف العقد للطرف الآخر أنه فى تنفيذه للعقد الموقع بينهما سوف يعمل على الالتزام بالأنظمة والقوانين والتعليمات الصادرة من الجهات الرسمية والمتعلقة بموضوع العقد ، كما يضمن تنفيذه للالتزامات المنصوص عليها فى العقد دون أى نقص أو تأخير وبما لا يتناقض مع أى نص آخر فيه "

ثالثًا : الضمان العام الذى يجب على المتعاقد أن يتعهد به . وهو يختلف باختلاف موضوع العقد . فمثلاً فى عقود التشييد والعقود التى تتطلب معرفة هندسية أو فنية خاصة ، لا بد من وضع شرط الضمان الذى يحدد مسئولية المتعاقد عن التنفيذ كأن يتعهد بتنفيذ العمل المتعاقد عليه وفقًا لأعلى المعايير المعروفة والمقبولة ، سواء فيما يتعلق بالشق الهندسى منه أو التشييد والتنفيذ وفقًا للمهارات والقدرات المهنية المتعارف عليها فى مثل هذا العمل (٣٦) .

رابعًا : الضمان الخاص الذى تتطلبه طبيعة العقد ، مثل : الضمان المتعلق بالرسومات الهندسية والتصاميم الخاصة بذلك .

خامسًا : الضمان المتعلق بالمواد المستعملة فى المشروع المتعاقد على تنفيذه .

سادسًا : الضمان المتعلق بالبناء والملحقات المتصلة به أو الضرورية للتنفيذ إلى غير ذلك من التعهدات والضمانات التى تتطلبها طبيعة المشروع والتى يصعب حصرها فى نقاط محددة سلفًا .

الهوامش

(١) Richard Christo : Drafting Commercial Agreements, op. cit., p. 61-62.

(٢) Richard Christo : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit .,p. 149.

(٣) A. G. J. Berg, op. cit., p.174-176.

(٤) A. G. J. Berg, op. cit., p. 150-152.

(٥) Reed Dickerson, op. cit., p. 198-202.

- Richard Christo : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 6-7.

(٦) Stanley Hurn : Syndicated Loans: A handbook for banker and borrower, p. 87-99, (Woodhead-Faulkner., Ltd, 1990).

(٧) Peter Siviglia : Commercial Agreements, A Lawyer's Guid to Drafting and Negotiating, p. 197-238, (Lawyers Cooperative Publishing, 1993) .

(٨) Idid., p. 317-326.

(٩) Idid., p. 261-264.

(١٠) Richard Christo : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 143.

(١١) Richard Christo : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 45.

(١٢) Richard Christo : Boilerplate : Drafting Commercial Agreements, op. cit., p. 510-520.

(١٣) Richard Christo : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 49.

(١٤) Richard Christo : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 141-147.

(١٥) Perry, Jr., : "U.S. Foreign Policy and Emerging Legal and Policy Issues of Technology Transfer," Vol., 70 Proc., Am., soc'y Int'l L. 1. (1976).

(١٦) د. فينان محمد طاهر : مشكلة نقل التكنولوجيا : دراسة لبعض الأبعاد السياسية والاجتماعية ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦م ، ص. ص (١٢ – ١٣) .

(١٧) د. فينان محمد طاهر ، مرجع سابق ، ص (٢٦) ، د. عبدالغنى محمود : الإطار القانونى لنقل التكنولوجيا فى القانون الدولى العام ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، ص (٧) .

(١٨) د. فينان محمد طاهر ، مرجع سابق ، ص (٣٦) .

- Robert Y. Peters : International Technology Transfers, Chapter 5, In Transnational Business Transaction, p. 5-2.

(١٩) See generlly, A. Wise : Trade Secrets and Know-how Throughout the World, Vols. 1-5 (1974, rev. 1980);

- Hewison : "Licensing Situation in Australia," XII-33 Les Nouvelles 182, 188-89 (Sep. 1977). Also see general Eckstrom, Licensing in foreign and Domestic Operations, Vol. 3 "Licensing Operations in Japan," # 31.09 (1980 Rev.).

(٢٠) See generally Davidow, "The UNCTAD Restrictive Business Practices Code," Vol. 13 International Lawyer, p. 587, (1979).

- Gill, "The UNCTAD Restrective Buisness Practices Code for Competition," Vol. 13, International Lawyer, p. 607, (1979).

- Homer O. Blair : Technology Transfer as an Issue in North/South Negotiations, vol. 14, Vanderbilt Journal of Transnational Law, p. 301-326, at 30, (1981).

(٢١) Brian G. Brunsvold : Negotiation Techniques for Warranty and Enforcement Clauses In Int., 14 Vanderbilt journal of Transnational Law, p. 281-299, 282, (1981).

(٢٢) Richard Christou : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 56-76.

(٢٣) Ibid., p. 40-41.

(٢٤) Richard Christou : Drafting Commercial Agreements, op. cit p. 475-483.

(٢٥) د. سامية راشد : التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول : اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٤م ، ص. ص (٨٣ - ١٦٥) ، وأبو زيد رضوان : الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، مرجع سابق ، ص (٨٣) ، دار الفكر العربى (بدون تاريخ) .

(٢٦) Robert Braddgate : Drafting Standard Terms of Trading, p. 209, (Longman Group UK Ltd 1991).

(٢٧) Richard Christou : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 136-138.

- Robert Braddgate, op. cit., p. 209.

(٢٨) A. G. J. Berg, op. cit., p. 174.

- Richard Christou : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 136.

(٢٩) Ibid.

(٣٠) Richard Christou : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 172 - 173 .

(٣١) Richard Christou : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 77-92.

(٣٢) Ibid., p. 112.

(٣٣) Ibid., p. 77.

(٣٤) Ibid., p. 81.

(٣٥) Ibid.

(٣٦) Richard Christou : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 92.

الفصل الثالث

شرط الثمن

لابد أن يتضمن العقد التجارى الدولى نصًا يحدد الثمن المتفق عليه بين الأطراف فى العقد ، بالإضافة إلى توضيح التزامات المالك أو المقاول أو البائع أو المشترى أو المتعاقد ، والآثار التى تترتب على تنفيذ هذه الالتزامات .

وتحديد الثمن فى العقود التجارية الدولية يحتاج إلى دراسة متأنية للتوقعات المستقبلية والظروف التى قد تحيط بعملية التنفيذ ، مما يعنى أن القيام بتحديد الثمن سوف يكون عملية تقدير وتقويم لما سوف يحصل من تقلبات فى السوق ، خاصة فى الفترات التى يكون فيها التضخم عاليًا [1] . فالعقد يمكن أن يحدد سعرًا ثابتًا أو أن يحدد الثمن بالإشارة أو بالإحالة إلى معايير أخرى أو ثمن جهة معينة ، على أن يكون نافذًا فى وقت معين ، مثلاً وقت شحن أو استلام البضاعة ، كما هو الحال فى عقود البترول فى السوق الدولية حيث نجد أنه نادرًا ما يكون هناك سعر ثابت بسبب عدم استقرار السعر فى السوق عند رقم معين ، وإنما يخضع ذلك للعرض والطلب والمؤثرات السياسية الأخرى . لذا وبهدف التعويض عن عدم ثبات السعر فى السوق ، تنص العقود فى هذه الحالة على أن الثمن يحدد بالإحالة إلى سوق معينة للبرميل الخام فى أحد الأسواق العالمية مثل روتردام أو نيويورك ، على أن يكون نافذًا فى يوم استلامه الشحنة من قبل المشترى .

لذا فلا بد لمن يقوم بالصياغة لشرط الثمن فى العقد الأخذ بعين الاعتبار أن الأطراف فاهمون لنقاط الإحالة للسعر . وبما أن الغالب فى العقود التجارية الدولية أن مدة التنفيذ تكون طويلة ، فلا بد من أن يتضمن العقد نصوصًا تعالج موضوع تقلب الأسعار التى عادة ما تكون مربوطة بمستوى الحياة المعيشية ، مثل أن يتم النص على أن السعر سوف يتم زيادته بنسبة مئوية معينة وفقًا لجدول محدد كما يظهر من مؤشر المؤسسات الاقتصادية فى فترة معينة .

ونظراً لعدم ثبات سعر صرف العملات فمن الصعوبة وضع سعر ثابت لكثير من السلع والخدمات ، لذلك يجب أن يتم النص على السماح بارتفاع السعر أو نزوله عن السعر فى وقت التعاقد بهدف التعويض عن ضرر ينتج عن تأثر قيمة العملة فى سوق الصرف . كما يجب أن يتم النص صراحة على وقت دفع الثمن والعملة الواجب الدفع بها وطريقة الدفع ، أو تحديد عدد من العملات التى يتم اختيار واحدة منها لدفع الثمن وفقًا لرغبة أحد الأطراف ، والذى غالبًا ما يكون الطرف البائع أو المقاول ، أو اعتماد الدفع بإحدى العملات الأكثر استقراراً فى سوق الصرف الدولى مثل : العملة السويسرية (٢) .

وصياغة شرط الثمن فى العقود التجارية الدولية مهم جداً ، لذا فعلى من يقوم بالصياغة أن يأخذ فى اعتباره العقد ككل عند صياغة هذا الشرط ، وهذا يعنى أنه لا بد أولاً من التفكير فى موضوع العقد ، وهل تم وصف الموضوع المتعاقد عليه وصفًا كافيًا ، وما هى الضمانات والالتزامات التى لها تأثير على الثمن ، وما هو الثمن وكيفية تحديده ، و ما هو العمل عند التنازل عنه ، فى حالة ما إذا كان هناك رغبة فى ذلك ، وكذلك معالجة موضوع الفوائد فى حالة التأخر عن الدفع فى الوقت المحدد .

المبحث الأول

كيفية تحديد الثمن وميعاد الوفاء به

يعتبر عدم الاتفاق على الثمن فى العقود التجارية الدولية دليلاً على عدم الدخول فى العقد ومن ثم عدم انعقاده ، وعلى الخصوص فى عقود البيع الدولى للبضائع ، وذلك بخلاف العقود الداخلية التى قد تكون منظمة بقواعد معينة أو أن يشار فيها ضمنًا إلى أن الثمن يكون هو الثمن المعقول لمثل الخدمة أو البضاعة .

وفى بعض أنواع العقود التجارية الدولية قد لا يكون ممكنًا تحديد الثمن مسبقًا فيها ، لأن وضع سعر مسبق للخدمة عند التعاقد غير ممكن، خاصة فى عقود الخدمات عندما يكون العقد معتمداً على كمية العمل الذى تم إنجازه . لذلك ففى مثل هذه العقود

من الأفضل وضع شرط يبين ويحدد صراحة أن على المشترى أو المتلقى للخدمة أن يدفع السعر أو الثمن محدداً بما تكون عليه أسعار المُقدِّم للخدمة فى وقت محدد أو بنسبة معينة .

كما أن هناك نوع من العقود التجارية يتم التعاقد فيها دون ذكر سعر محدد مسبوق برقم معين ، وهى العقود المعروفة بعقود التكلفة مضافاً إليها نسبة معينة من الربح . وهذه العقود تتم عادة مع الحكومات . أيضاً هناك العقود الخاصة بالتراخيص الصناعية التى يتم النص على الثمن فيها على أساس نسبة جعالة معينة ومحددة .

وعندما يكون الثمن كلياً وغير مفصّل لكل جزء من العقد فأداؤه يحل عند الانتهاء من التنفيذ لكل أو لجزء من العقد ووفقاً لنصوصه . فإذا قام الطرف المُلتزم فى العقد بالتنفيذ بتنفيذ جزء كبير من الالتزامات المنصوص عليها فى العقد ، فمن حقه أن يطالب بثمن ما تم إنجازه ناقصاً قيمة الجزء المعيب ، لأن من حق من قام بالتنفيذ أو مقدم الخدمة الحصول على مقابل ما تم تنفيذه من العمل . ولا شك أن العقود التجارية البسيطة يكون دفع الثمن فيها نقداً بمبلغ واحد مقطوع .

أما فى العقود الطويلة المدة والكبيرة فقد يكون فى العقد نص يشير إلى أن قيمة العقد سوف تدفع على دفعات حسب ما يتم إنجازه من العمل . وقد يتم النص فى العقد، فى بعض الحالات ، على أن يدفع المبلغ مقدماً قبل البدء فى التنفيذ أو قبل انتهائه ، فإذا لم يتم التنفيذ أو كان التنفيذ معيباً فالسؤال الذى سيثار هو : ما العمل بالنسبة لما تم دفعه من مبالغ ؟ . وفقاً للقانون الأنجلوسكسونى العام Common Law يتم التفصيل بين الضمان والدفعات على الحساب ؛ لأن الضمان هو لضمان تنفيذ العقد كاملاً ومن ثم يتم الاحتفاظ به حتى ولو تم إنهاء العقد بسبب إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه ، وهذا يكون صحيحاً بالنسبة لعقد البيع الدولى للبضائع ، أما عقود الأشغال والخدمات فالدفعات المقدمة لن يتم إعادتها فى مقابل ما تم إنجازه من العمل . وفى عقد الخدمات المتواصلة مثل عقود العمل بالأجر أو عقود المحافظة على الأمن ، فإن المبلغ المدفوع من أجل العمل الذى تم أو يتم إنجازه لن يكون قابلاً للاستعادة .

ولا شك فى أن الشيء المهم فى العقد التجارى الدولى بعد تنفيذ الالتزامات المتعاقد على تنفيذها هو دفع الثمن لمن قام بالتنفيذ لقاء ما تم تنفيذه من التزامات . ونظراً لأن

حلول موعد دفع الثمن يعتمد على صياغة العقد ، فلا بد من وضع شرط فى العقد ينص على دفع الثمن حالاً أو على دفعات أو أقساط بما يتفق مع ما تم تنفيذه . أما إذا كان العقد صامتًا عن ذلك ، فالقاعدة العامة هى أن الثمن يكون حالاً نقدًا فى موقع أو مكان البائع . كما يجب أن تحدد الوسيلة التى يدفع الثمن بها صراحة فى العقد ، بالإضافة إلى تحديد من سيقوم من الأطراف بدفع تكاليف أو ثمن الخدمة المنصوص عليها فى العقد ، والمدة التى يجب خلالها الدفع ، وما إذا كان الثمن يشمل الضرائب والرسوم والتأمين أم لا . مثلاً (٣٠) يومًا من تاريخ استلام الفاتورة ، أو أن يكون الدفع فى اليوم الأول للشهر التالى لاستلام العمل أو البضاعة . مثل هذا التحديد يعتمد عادة على رغبة العميل فى جعل الوقت ذا شأن مهم Time of the Essence بحيث يحق فى حالة التأخير فى الدفع وعدم الالتزام بالمواعيد المنصوص عليها لإنهاء العقد من قبل صاحب المصلحة الذى تأثر بالتأخير . فإذا كنت تقوم بالصياغة عن المُصدِّر مثلاً فيجب عند رغبة عميلك فى ذلك النص صراحة على أن للوقت أهمية كبرى فى دفع الثمن Payment of the Essence . ويكون ذلك بتضمين العقد فقرة تعالج وقت الدفع وطريقته والعواقب المترتبة على عدم الدفع ، وحقوق صاحب البضاعة فى طلب دفع الثمن كما تم الاتفاق عليه .

وعندما ينص العقد على أن يكون دفع الثمن على دفعات فلا بد عند الصياغة أن يتم الأخذ بما يلى :

١- أن يتم النص على وضع مبلغ كضمان للتنفيذ لتشجيع المُلْتَزِم بالتنفيذ على تنفيذ التزاماته المنصوص عليها فى العقد ، وقد يتم النص صراحة على أن هذا المبلغ لن يتم إعادته فيما لو تم إنهاء العقد لأى سبب كان .

٢- أن يتم النص صراحة على أن كل المبالغ المدفوعة من قبل العميل سوف يتم الاحتفاظ بها من قبل البائع أو الممون للسلعة أو مقدم الخدمة ، فيما لو تم إنهاء العقد لأى سبب بما فى ذلك خرق العميل وإخلاله بالتزاماته التعاقدية .

أما إذا كان الثمن على أقساط فلا بد من النص صراحة على وقت دفع كل دفعة من هذه الأقساط لأن ذلك مهم جدًا ، بحيث يتم التشديد والتأكيد على أن عامل الوقت ذو أهمية خاصة ، لأن إدخال مثل هذا الشرط يعنى أنه فى حالة ما لم يتم الدفع فى

الوقت المحدد ، يحق للممون للسلعة أو مقدم الخدمة إنهاء العقد دون إشعار بسبب الإخلال بهذا الشرط . أيضًا على من يقوم بالصياغة أن يضع شرطًا ينص على سرعة الدفع لكل دفعة ، وفى حالة ما إذا تأخر المشترى أو المستفيد من الخدمة عن الدفع فى الوقت المحدد ، فمن حق البائع أو المقاول إيقاف العمل أو التوقف عن تقديم الخدمة أو إرسال البضاعة ، أو حتى إنهاء العقد والمطالبة بالتعويض . بالإضافة إلى ذلك هناك طرق أخرى لدفع الثمن منها ما يعرف بالمقايضة ، كما هو الحال عندما قامت شركة بوينج المنتجة للطائرات ببيع طائرات من نوع جامبو للخطوط الجوية العربية السعودية مقابل نفط ، ويعتبر ذلك نوعًا من أنواع التجارة البينية كما سوف نفصِّله فى حينه .

المبحث الثانى

شروط الوفاء بالثمن

فى العقود التجارية الدولية هناك التزامات لها تأثير على استحقاق الثمن ، مثل الالتزام بتسليم البضاعة فى وقت محدد ، وما يترتب على الإخلال بهذا الالتزام من تعويضات . كذلك هناك الشروط المسبقة للدفع ، مثل وجوب الحصول على رخص أو شهادات معينة ، أو إكمال بعض الوثائق لاستحقاق الثمن كشهادة المهندس أو شهادة الفحص للبضاعة . فإذا حصل أن أُجْبِر المتعاقد خلال مرحلة التفاوض على قبول شرط يلزمه بالحصول على شهادة إثبات من المهندس المرشح من قبل المشترى بأن المعدات المشتراة سليمة ومرضية قبل الشحن ، فما هو الحال لو لم يُرشِّح المشترى المهندس مثلاً ؟ . لمعالجة مثل هذه الحالة على المستشار القانونى الذى يقوم بالصياغة أو التفاوض عن البائع أن يعمل على وضع نص فى العقد ينص صراحة على أنه فى حالة عدم الحصول على هذه الوثائق بعد مرور مدة محددة ومعينة فإن البائع يستحق الثمن ، وذلك ليضمن البائع عدم ترك ثغرة يتخذها المشترى وسيلة للتراخى فى دفع ما هو مُستحق عليه .

أما إذا كان دفع الثمن على مراحل فعلى من يقوم بالصياغة التأكد من الشروط اللازمة لذلك والتى بتنفيذها يُسْتَحَقُ الدفع ، والمثال الواضح على ذلك هو الثمن فى

عقود الإنشاءات حيث إن كل دفعة تكون محددة بمدة معينة أو إنجاز مرحلة معينة من مراحل العقد . فمثلاً ، الدفعة الأولى قد يتم النص على استيفائها أو استحقاقها بمجرد تحريك المقاول معداته إلى الموقع Mobilization ، وفى ذلك خطورة كبيرة ، لو ترك الموضوع دون تحديد وتفصيل لمعنى عبارة " تحريك المقاول لمعداته "، فقد يستغل المتعاقد هذا النص ويطلب الدفع بمجرد وضع المعدات فى الموقع وقبل البدء فى العمل ويدعى أنه بدأ العمل بذلك ، ولا شك أن هذا دائمًا ليس هو المقصود عند الاتفاق بين الأطراف على مثل هذا الشرط ، لذا يجب صياغة فقرة محددة فى العقد تبين أن المقاول لا بد أن يبدأ العمل الفعلى حتى يستحق استيفاء الدفعة الأولى كما هو منصوص عليه فى العقد .

أيضًا نجد فى عقود البيوع الدولية للبضائع أو عقود تقديم الخدمات أن قبول البضاعة أو العمل الذى تم إنجازه شيء مهم جدًا لاستحقاق الثمن المتفق عليه أو القابل للتقدير وفق ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف . وفى هذه العقود عادة ما يكون الالتزام الأول للمشترى هو قبول البضاعة ، ولا يكون بالضرورة استلامها ، فالمشترى قد يتسلم البضاعة ولكن يرفض قبولها وأخذها أخيرًا ، أو قد يُخفق فى أخذ البضاعة فى الوقت المناسب دون أن يكون رافضًا للعقد . لذلك فرفض أخذ البضاعة عندما يكون ملازم لإشارة أن المشترى لن يستلمها ، سيكون إخلالاً بالتنفيذ للالتزام وهو قبول البضاعة . ولأن المشترى الذى يرفض البضاعة يعنى أنه لا يقبلها ومن ثم فالرفض من قبل المشترى لاستلام البضاعة فى الوقت المعقول عندما يكون قد طُلِب منه ذلك من قبل البائع يُعد إخلالاً بالالتزام التعاقدى .

وعند الصياغة لا بد من وضع الشروط اللازمة لمعالجة مثل هذه المشاكل ، كالنص على فقرة تعنى بقبول البضاعة أو العمل الذى تم إنجازه وفقًا لشروط العقد ومواصفاته ، أو استلام المنشأة التى تم بناؤها حتى يكون الدفع حالاً وواجبًا ، لأن الالتزام بالقبول يعتبر التزامًا ضمنيًا عندما تكون البضاعة سليمة ومطابقة للمواصفات وشروط العقد ، أو أن البناء تم إنشاؤه وفقًا لما تم التعاقد عليه . أيضًا مثل هذه الفقرة أو الشرط فى العقد يجب أن يوضح صراحة التزام المشترى باستلام البضاعة فى الوقت المعقول بعد إشعاره من قبل البائع ، كما يجب أيضًا أن يحدد وقت معين

للمشترى لاستلامها ، ويحدد ويفصل حق البائع أو المتعاقد فى حالة إخلال المشترى أو المالك بتنفيذ هذا الالتزام .

أما فى حالة رغبة المشترى فى إجراء اختبار على البضاعة المشتراة أو فحصها أو فحص المشروع للتأكد من مطابقته لنصوص العقد قبل القبول به ودفع الثمن ، فإن هناك الصيغ المتعددة لتحاشى أى نزاع حول حقوق الأطراف . ومن ثم فعلى من يقوم بالصياغة أخذ العناية الكاملة عند النص على أى شرط يسمح بالاختبار أو الفحص أو غير ذلك ، بحيث يأخذ فى اعتباره الإجابة عن ما يلى :

– ما هو المطلوب ؟ هل هو وضع تقرير فقط ؟ ومن هو المختص أو المخول بوضعه ؟

– ما هى الإجراءات التى يجب عملها فيما لو لم يكن هذا التقرير كاملاً أو أن متطلبات العقد غير كاملة ؟ وهل الفحص شرط مسبق للعقد ليكون نافذاً ومن ثم فليس هناك طرف من أطرافه ملزم به حتى يتم الفحص ؟ وما هو الحل فى حالة وجود عقد معلق على نتيجة الفحص إذا لم تكن النتيجة واضحة ؟ وما هى العواقب التى قد تترتب على ذلك ؟ وما هو الحل لو أن كل طرف تحمل مصروفات لتنفيذه أو استعداد للتنفيذ ؟ إلى غير ذلك . ونحن نرى أنه من الأفضل فى مثل هذه الحالة وضع شرط ينص على أن الاختبار والفحص يتم بواسطة البائع أو بواسطة ممثل المشترى نفسه . فإذا كان البائع مُخَوَّل بالفحص والاختبار فلا بد أن يكون ممثل المشترى المحايد شاهداً عليه .

وفى حالة ما إذا كان فى العقد شرط ينص على أن الشهادة شرط مسبق لقيام المشترى بدفع ثمن البضاعة التى تم قبولها ، فإنه لا يمكن للبائع أن يطلب تنفيذ التزامات المشترى إذا لم يقدم الشهادة المطلوبة ، ما لم يعفه المشترى من ذلك ، أو أن يكون له يد فى منع إخراجها بقصد الإضرار بالبائع . كما أن النتيجة سوف تكون مماثلة عندما يتم النص فى العقد على أن دفع الثمن يكون فقط فى حالة تقديم الشهادة ، أو أن يكون الثمن موافقاً عليه ومشهوداً به كما يحصل فى عقود الخدمات أو الأشغال الهندسية والإنشائية .

المبحث الثالث

تعديل الثمن

العقود التجارية الدولية التى يمتد تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها مدة طويلة ، مثل تلك العقود التى تحتاج فى تنفيذها إلى الحصول على مواد خام وعمالة وأشياء أخرى ، فإنها تتغير أسعارها بتغير الظروف الاقتصادية خلال تنفيذ العقد . ففى مثل هذه العقود يفضل المشترى فيها الثمن الثابت ، بخلاف البائع الذى قد يحاول جاهداً أن يحتفظ ويُبقى له الحق فى تعديل الثمن أو السعر من وقت لآخر ، وعلى وجه الخصوص تكون قوانين العقود المطبقة لا تعطى الحق فى تعديل بنود العقد من قبل طرف واحد ومن ضمنها بند الثمن وطريقة الدفع ، وما يخالف ذلك يعتبر إخلالاً بالالتزامات التعاقدية [٣] . ويتجلى ذلك فى عقود التصنيع والتوريد وعقود الخدمة والصيانة والتشغيل طويلة المدة ، حيث نجد أن المورد أو المقاول أو البائع يعمل جاهداً على وضع شرط يتيح له الحق فى تعديل شرط الثمن Price Variation فى العقد .

والحل الأفضل والأسهل فى العقود التى يحتاج تنفيذها إلى مدة طويلة ، مثل عقود الإشراف والخدمات ، وغيرها من العقود المماثلة أن يكون السعر أو الثمن محدداً ، وفقًا لجدول الأسعار الذى يعتمد عليه البائع أو المُصَدِّر أو مُقَدِّم الخدمة المحدد فى تاريخ التسليم للبضاعة أو تاريخ تقديم الخدمة ، لذلك فلن يكون هناك حاجة إلى تعديل السعر نظراً للاتفاق على النسبة التى بموجبها يحدد السعر . وهناك حل آخر هو وضع جدول نسب معينة ومحددة مسبقًا يمكن العمل بها . مثلاً الإحالة إلى سعر بورصة معينة فى تاريخ التسليم ، أو إعطاء العميل الحق فى الحصول على إشعار بتعديل السعر أولاً . كما له الحق فى قبول أو إلغاء الطلب فى فترة محددة من تاريخ استلامه للإشعار بذلك ، كالنص على أنه فى حالة زيادة أسعار المواد الخام ، أو أجور العمال أو التكاليف الإضافية أو الزيادة فى الضرائب والرسوم ، أو الاختلال فى سعر الصرف ، فسيكون من حق البائع زيادة السعر المنصوص عليه فى العقد .

أما فى عقود البناء والإنشاءات الدولية Construction Contracts فدفع الثمن عادة يكون متناسقًا مع تقدم مراحل العمل دون الحاجة لخطاب اعتماد مستندى ، حيث عادة ما ينص شرط الدفع للثمن فى مثل هذه العقود على أن يقدم المقاول إلى المالك أو

صاحب المشروع فاتورة تغطى تكاليف العمل الذى قام به فى مرحلة معينة حسب جدول مراحل العمل مع ما يثبت إنجازه من العمل ، على الوجه المطلوب ووفقا لمتطلبات الدفع ، كشهادة المهندس المشرف أو الاستشارى على التنفيذ ، التى تشهد على الإنجاز كما هو متفق عليه ، ويكون الدفع فى خلال مدة معينة من تقديم الفاتورة والوثائق المطلوبة بواسطة التحويل المباشر أو شيك إلى حساب الشركة أو المقاول المنفذ من بنك معين محدد مسبقًا كما هو منصوص عليه فى العقد ، فإذا كان للمالك أى اعتراض على ذلك وجب عليه أن يبلغ المقاول حالاً بأى نزاع حول أى جزء من المبلغ المطلوب . كذلك قد يتم النص على أن أى فاتورة لم يتم دفعها فى الوقت المحدد فى العقد تُستحق عنها فوائد تأخير ، أو قد يتم الاتفاق على وضع شرط جزائى على عدم الدفع فى الموعد المحدد بنسبة معينة متفق ومنصوص عليها مسبقًا فى العقد .

المبحث الرابع

الثمن فى التجارة البينية

التجارة البينية Countertrade هى مبادلة بضاعة بأخرى دون وجود نقود . أى أنها تستخدم كثمن لبضاعة أخرى . وهى فى ازدياد مستمر فى القيمة والعدد ، وتمثل نسبة كبيرة من التجارة العالمية [٤] . وتعتبر إحدى الوسائل التى يستخدمها رجال الأعمال الغربيون للحصول على أعمال تجارية حول العالم[٥] ، على الرغم من أنها تعتبر وسيلة معقدة وتستهلك الكثير من الوقت فى الإعداد لها وصياغة العقود التى تكون معدة لها ، وهناك كثير من رجال الأعمال لا يعرفون حقيقتها كما يجب .

والتجارة البينية فى حقيقتها مربوطة فى نتيجتها بسياسة التصدير والاستيراد بين الدول أو الشركات ، حيث يتعهد فيها مُصدِّر السلعة أن يشترى من منتجات طرف ثالث فى دولة المشترى . وهى سياسة تأخذ بها بعض الشركات أو حتى الحكومات للربط بين البيع والشراء لأسباب عديدة ، منها زيادة تصدير المنتجات الوطنية ، أو المحافظة على العملة الصعبة ، أو لتحقيق التوازن التجارى بين الدولتين أو الرغبة فى الحصول على مصدر مضمون للسلعة [٦] .

وقد ارتبطت التجارة البينية بالتجارة بين العالم الغربى والدول الاشتراكية والشيوعية قبل الانهيار الذى حصل لها أخيراً ، وذلك لعدة عوامل أهمها المحافظة على العملات الصعبة ، وإيجاد أسواق أخرى للمنتجات الوطنية فى هذه الدول . ولكن كثيراً من الدول النامية بدأت تتعامل بهذه الطريقة لتسويق منتجاتها ودفع الثمن عن البضائع التى تستوردها ببضائع أخرى من إنتاجها المحلى بهدف معالجة موضوع الديون المتراكمة ، وحل مشكلة النقص فى العملات الصعبة وعدم توفرها لكثير منها [٧] . وقد تقدمت المعاملات التجارية بين الدول بهذه الطريقة على الرغم من معارضة بعض الحكومات والمنظمات الدولية ، بحجة أن ذلك سوف يؤدى إلى الحيلولة دون نمو التجارة الدولية ، ومن هذه المنظمات منظمة الجات سابقًا ، والتى تحولت الآن إلى منظمة التجارة العالمية WTO ، ومنظمة التنمية والتعاون الاقتصادى الدولى OECD .

ولكن على الرغم من هذه المعارضة أخذت التجارة البينية فى ازدياد وتطورت كثيراً حتى إنه نشأت بعض مراكز دولية فى أنحاء متفرقة من العالم للعمل كمراكز مقاصة للتعاملات فى التجارة البينية بين الدول أو بين المتعاملين بها [٨] .

والتجارة البينية أصبحت تشمل علاقات تجارية متنوعة ومختلفة فى نطاقها مثل المقايضة المباشرة Barter ، واتفاقية التعويض Compensation Agreement والشراء المقابل Counterpurchase ، والشراء العكسى Buy-back ، والتوازن الاقتصادى Offset ، والتجارة التحويلية Switch Trading ، إلى غير ذلك من المسميات والطرق التى تستخدم ولها نفس المدلول والهدف النهائى . وهذه الطرق بإيجاز هى كما يلى :

أ - الشراء المقابل Counterpurchase : وهو اتفاق يلتزم بموجبه البائع بشراء بضاعة من المستورد لبضاعته أو بضاعة من إنتاج شركة أخرى يحددها هذا المستورد ، أو يتم الاتفاق بين الطرفين على تنظيم وسيلة بموجبها يتم شراؤها من قبل طرف ثالث ، على أن تكون قيمة هذه البضاعة باتفاق الطرفين نسبة معينة من ثمن البضاعة الأصلية التى تم تصديرها [٩].

ب - الشراء المعاكس Buy-back : وفيه يقوم المصدِّر لمعدات صناعية لبناء مصنع بموجب العقد بين الطرفين مثلاً ، بشراء المنتجات التى يتم إنتاجها فى هذا

المصنع بواسطة هذه المعدات لمدة معينة ، أو حتى يتم حصوله على ثمن المعدات نفسها . وقد تم تطوير هذا التنظيم منذ (٦٠) عاماً بصفة رئيسية فى العقود الطويلة والمتوسطة المدة [١٠] .

ج - الدفع بالتعويض Compensation Agreement : وهو اتفاق بموجبه يوافق البائع على قبول جزء من ثمن البضاعة المبيعة كنقود ، والباقى يأخذ ثمنه بضاعة مقابلة أو تقديم خدمة له من قبل المشترى لبضاعته كثمن لها .

د - ما يسمى بالتعويض المسبق Advance Compensation : وهو نظام بموجبه يقوم المُصدِّر للسلعة بشراء المنتجات المطلوبة بموجب العقد مسبقًا قبل أن يقوم بتصدير البضاعة المبيعة . وقد كان هذا التنظيم مستخدمًا فى أوربا الشرقية بين المصانع الكبيرة .

هـ - المتاجرة التحويلية Switch Trading : وهو اتفاق بموجبه يوافق المصدِّر لبضاعة معينة على بيع بضاعة للمستورد ، على أن توضع هذه البضاعة كأمانة فى دولة ثالثة لدى طرف ثالث . بعد ذلك يقوم البائع بتوظيف مختص يسمى الوسيط المحوِّل ، الذى بدوره يشترى الائتمان منه ، وهو بدوره سوف يجد مشترياً مستعداً لشراء البضاعة من هذا الطرف الثالث ويستخدم الائتمان للحصول عليها .

و - التوازن الاقتصادى Off-set : وهو اتفاق يستخدم من قبل الحكومات من خلال قوتها الشرائية ، وفيه ربما تكون المشتريات من قبل الحكومة المشترية مقيدة بشروط موضوعة من قبل الدولة المستوردة لمحتويات داخلية ، وقد يغطى ذلك الإنتاج المشترك لبعض هذه المشتريات بتنظيم معين يدخل فيه تحويل لتقنية معينة .

ز - المقايضة Barter : وهو طريقة قديمة تستخدم لمقايضة بضائع أو خدمات من أجل الحصول على بضائع أو خدمات أخرى ذات أثمان معادلة أو مساوية ، ومن ثم ليس هناك أى نقود يتم تداولها بين المشترى والبائع . مثل هذا النظام يستخدم فى الوقت الحالى بين الحكومات فى التعاملات التجارية ، ويكون الدافع لها عادة دافعًا سياسيًا أكثر منه دافعًا تجاريًا أو اقتصاديًا بهدف

الربح . وغالبًا ما يكون هناك طرف ثالث متخصص فى هذا النوع من التعاملات ، يوافق على أخذ البضاعة ويدفع ثمنها إلى مُصدِّرها ناقصًا عمولته أو التخفيض المعطى له . وفى المقايضة قد تُقدَّم البضاعة مباشرة من المستورد أو من الشركة المصدِّرة لها فى دولته والتى له معها تعامل وتنسيق معين . والمثال الواضح لمثل هذه التعاملات الحديثة هو ما حصل فى عام ١٩٨٤م عندما وافقت شركة بوينج Boeing Aircraft لصناعة الطائرات المدنية الأمريكية على تجهيز الخطوط الجوية العربية السعودية بعشر طائرات من طراز جامبو ٧٤٧ تقدر قيمتها بمبلغ مليار دولار أمريكى فى مقابل (٣٤٠٤٨) مليون برميل من النفط الخام السعودى فى ذلك الوقت ، حيث تم الاتفاق على أن يكون سعر البرميل من النفط فى هذه الصفقة هو ٢٩ دولارًا أمريكيًا ، وقد كان بذلك أقل من سعر النفط كما هو محدد ومطبق من قبل منظمة أوبك للدول المصدرة للنفط OPEC . وفى هذه العملية اختار المفاوضون السعوديون بأنفسهم التاجر الآخر ، وهو الطرف الذى من خلاله سوف يباع النفط والذى يضمن لهم الحد الأدنى من السعر . ولكن مثل هذه الحالة التى أوضحناها ، كمقايضة كاملة ، قليلة جداً فى الوقت الحاضر ، وهى تتم بين حكومات ويكون الدافع لها سياسيًا فقط وليس دافعًا اقتصاديًا أو تجاريًا (١١) .

ونصيحتنا لمن يقوم بصياغة العقود المتقابلة فى مثل هذه التعاملات أن يأخذ بعين الاعتبار عند الصياغة النص على أن الثمن سوف يكون عن طريق التجارة البينية Countertrade ، لأن صياغة العقد الأول تتطلب ألا يتناقض فى فقراته مع صياغة العقد الآخر المقابل والذى يعتبر هو الثمن لوجود أكثر من عقد يحكم العملية برمتها .

كذلك هناك مواضيع كثيرة لا بد من الإحاطة بها بالإضافة إلى القواعد الخاصة بمثل هذه التعاملات والتى تطبق على مثل هذه العقود . مثل قواعد القانون الخاص الذى يبين ويحدد الطبيعة القانونية لمثل هذه العمليات . فهى قواعد تعالج العلاقة بين أطراف التعاقد بما فيها حقوقهم والتزاماتهم التعاقدية تجاه كل منهما الآخر . أيضًا هذه القواعد قد تساعد فى تحديد العواقب المترتبة على الإخفاق فى التنفيذ عندما يكون هناك إخفاق من قبل أحد أطراف العقد ، حيث تضع هذه القواعد العلاج اللازم لمثل

هذه الإخفاقات فى حالة الإخلال بتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها فى العقد أو فقدان البضاعة . وكذلك القواعد المتعلقة بتكوين العقد ، وقواعد القوة القاهرة التى تطبق عندما يحدث حوادث استثنائية خارجية تعيق التنفيذ أو تجعله مرهقًا.

هذه كلها قواعد عامة يتم تطبيقها على العقود والاتفاقيات خارج عقود التجارة البينية ، وتكون قابلة للتطبيق على عقود التجارة الدولية المعتادة والتى يجب على الأطراف مراعاتها عند التفاوض وعند صياغة عقود التجارة البينية . أيضًا هناك قواعد القانون العام التى تنص على حرية التعاقد للأطراف بما فيها قواعد المصلحة العامة ، كما تحددها السلطات المعنية فى الدولة التى تفرض العمل بمثل هذه العقود فى التجارة الخارجية مع الدول الأخرى ، مثل : الأنظمة والتعليمات التى تصدرها الحكومة التى تفرض على المصدر الأجنبى الالتزام باستخدام التجارة البينية كوسيلة للتعامل ، ومثل تلك التى تحدد المنتجات والبضائع التى تكون خاصة بالتجارة البينية كشرط الشراء المقابل من قبل الأجنبى . كما أن هناك أيضًا بعض قواعد القانون العام ذات الصلة بموضوع التجارة البينية والتى قد تكون سببًا فى اللجوء إلى هذا النوع من التعامل كأنظمة تحديد سعر الصرف للنقد الأجنبى وأنظمة الاستيراد والتصدير والتراخيص الصناعية ومتطلباتها .

الهوامش

(١) Hurst : Drafting Contracts in an Inflationary Era, Vol. 28, University of Florida Law Review, p. 884, (1976).

(٢) William F. Fox, op. cit., p.141.

(٣) William F. Fox, op. cit., p. 160.

(٤) Thomas B. Mc VEY, Countertrade: Commercial Practices, Legal Issues and Policy Dilemmas, Vol. 16, Law & Policy In International Business, p1-69, (1984).

(٥) Ibid., p. 2.

(٦) C. G. Alexandrides & Barbara L. Bowes : Countertrade: Practice, Strategies, and Tactics, p. 51-53, (John Wiley & Sons, 1987).

(٧) Jerzy Rasjski : Some Legal Aspects of International Compensation Trade, Vol., 35, International and Comparative Law Quarterly, p. 128-137, 128,(1986).

(٨) Micheal Rowe, Countertrade, p. 1-2, Euromoney Books, 1989.

(٩) C. G. Alexandrides & Barbara L. Bowes : Countertrade: Practice, Strategies, and Tactics, p. 51-53, (John Wiley & Sons, 1987).

- Micheal Rowe, op. cit, p. 14.
- Christohper Brown & Robert Franklin : Countertrade: Paying in Goods and Services, p. 4, (Longman, 1994).

(١٠) Ibid., p. 24.

- Micheal Rowe, op. cit., p. 57-64.

(١١) Micheal Rowe, op. cit., p. 13.

الفصل الرابع

أسباب انقضاء العقد التجارى الدولى

انتهاء العقد التجارى الدولى يكون بانتهاء مدته حيث ينتهى طبيعياً بعد انتهاء المدة المنصوص عليها فيه ، أو بعد أن يتم تنفيذ التزامات الأطراف المنصوص عليها، والتى تم التعاقد بين أطراف العقد على تنفيذها ، أيًا كانت مدة التنفيذ ، سواء فى العقود القصيرة المدة أو العقود الطويلة المدة أو العقود الكبيرة ، مثل : عقود إيجار الطائرات والسفن أو عقود التراخيص الصناعية أو براءات الاختراع وحقوق الملكية والتأليف وعقود الوكالات التجارية ... إلخ . وقد يكون انتهاء العقد التجارى الدولى أيضًا بسبب حدوث قوة قاهرة تؤدى إلى إعفاء أحد الأطراف أو كليهما من تنفيذ التزاماته التعاقدية وعادة يتم النص على ذلك فى العقد .

المبحث الأول

الإنهاء بسبب حدوث قوة قاهرة

صياغة مادة فى العقد تعفى الملتزم من تنفيذ التزاماته التعاقدية فى حالة حدوث قوة قاهرة تحول دون تنفيذها ، فإذا أتم الالتزام بها أثناء التوقيع على العقد أصبحت ملازمة لكافة العقود التجارية الدولية . والنص على مادة القوة القاهرة كما هى متعارف عليها فى نطاق العقود التجارية الدولية Force Majeure [1] ، تهدف إلى حماية الملتزم بالتنفيذ من حوادث خارجة عن إرادته .

مثل هذا الشرط كان يستخدم للحماية من حوادث الطبيعة المفاجئة ، التى تؤثر على قدرة الملتزم بالتنفيذ لما التزم به فى العقد . أما فى الوقت الحاضر فالنص عليه أصبح شيئاً ضرورياً للحماية من التغيرات السياسية المفاجئة ، التى تؤثر على التنفيذ فى البلد الذى يكون فيه تنفيذ العقد أو حتى الظروف التى تؤدى إلى خسارة غير متوقعة مثل حصول ارتفاع مفاجئ فى التضخم لم تكن فى الحسبان عند التعاقد ، مما قد يسبب خسارة فادحة لو أن الطرف قام بالتنفيذ للالتزامات المنصوص عليها فى العقد .

والأمثلة على ذلك كثيرة في الوقت الحاضر مثل ما حصل في حرب الخليج الأولى والثانية ، والحصار الاقتصادي الذي استتبع ذلك مما أدى إلى عدم قدرة كثير من أصحاب العقود التجارية الدولية على تنفيذ ما تم التعاقد عليه . ومثل ذلك أيضاً الحرب الأهلية التي حصلت في لبنان أو في الصومال أو في غيرها من البلدان غير المستقرة سياسياً. وقد أثرت هذه الحروب سلبياً على التجارة الدولية مع هذه البلدان ، مما سبب للمتعاقدين خسارة كبيرة نتيجة عدم قدرتهم على تنفيذ عقودهم التي كانت قائمة أو الحصول على عقود جديدة . لذلك فمثل هذه الحوادث والتغيرات يجب التنبؤ بها ووضع نص في العقد يسمح للمتعاقد بالتحلل من تنفيذ التزاماته عند حصولها .

ولكن السؤال الذي يلزم أن يجيب عنه من يقوم بصياغة شرط القوة القاهرة هو : هل يضع نصاً في العقد يوقف تنفيذ الالتزامات حتى انجلاء مثل هذه القوة القاهرة أو يجعل المتعاقد متحللاً من تنفيذ التزاماته كاملة ومن ثم يعتبر العقد مفسوخاً ؟ وعليه يجب على من يقوم بصياغة مادة في العقد تنص على القوة القاهرة كسبب لتحلل الملتزم من تنفيذ التزاماته التعاقدية ، أن يضع نصاً واسعاً يتضمن الحالات التي تعتبر خارجة عن إرادة المتعاقدين أو ما يسمى بـ Beyond Reasonable Control ، التي عادة تكون في نظره كافية لأن تُكوِّن أو تُمَثِّل قوة قاهرة فيما لو حصلت في المستقبل وتعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته قبل الطرف الآخر في العقد [٢] .

والحالات التي تعتبر خارجة عن إرادة المتعاقدين كثيرة ، منها ما هو متعارف عليه كالحريق ، والفيضانات ، والإضرابات العمالية في البلدان التي يسمح نظامها السياسي بها ، لأن حدوث مثل هذه الإضرابات قد يؤثر على قدرة العميل على تنفيذ التزاماته التعاقدية . ومن هذه الحالات أيضاً الحصار الاقتصادي على الدولة مكان تنفيذ العقد كما هو حاصل الآن ضد العراق وإيران وليبيا ، أو الحروب والاضطرابات بأنواعها التي يكون لها تأثير على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية ، مثل عدم القدرة على الحصول على المواد الأولية بثمن معقول وفقاً لما تم تقديره حال التعاقد . أيضاً أي تصرف للسلطات يكون له تأثير على تنفيذ العقد ، وهو ما يسمى بنظرية عمل الأمير ، التي تتضمن ما تصدره السلطات من أوامر أو أنظمة يكون لها تأثير على تنفيذ الالتزام التعاقدي ، أو الحوادث الفجائية الطبيعية Act of God ، وهو ما يسمى بالقوة القاهرة التي هي من صنع الخالق وتقديره سبحانه .

ونقترح عند صياغة شرط القوة القاهرة فى العقد أخذ ما يلى بعين الاعتبار :

أولاً : هل حدوث القوة القاهرة سوف يؤدى فقط إلى تأخير تنفيذ الالتزام من قبل الملتزم بالتنفيذ أم سينهى العقد ومن ثم ينهى الالتزام بالتنفيذ ويصبح العقد مفسوخًا تلقائيًا بحدوث مثل هذه الحوادث ؟ والأفضل أن تتمّ صياغة نص يقضى بأن حدوث مثل هذه الحوادث سيؤدى إلى إنهاء الالتزام بالتنفيذ مباشرة ، بل يجب النص على أن ذلك لا يكون إلا إذا أدى حدوث القوة القاهرة إلى جعل التنفيذ مستحيلاً أو مرهقًا إلى الحد الذى يسبب خسارة فادحة على من يقوم بالتنفيذ ، شريطة أن تكون هذه الخسارة غير متوقعة من قبله أثناء التوقيع على العقد .

ثانيًا : ما هى درجة الاستحالة التى سوف يسمح للمتعاقد الذى يدفع بالقوة القاهرة أن يتمسك بها للتحلل من تنفيذ التزاماته التعاقدية مستندًا إليها.

ثالثًا : كيفية تحديد درجة الاستحالة ، أى وضع معيار محدد يمكن بواسطته تحديد درجة الاستحالة ، وإلى أى حد ، وهل يمكن اعتبار قدرة الملتزم على تنفيذ جزء من الالتزام بسعر مكلف وغير متوقع أثناء توقيع العقد من درجات الاستحالة التى تسمح له بالتحلل من تنفيذ التزاماته التعاقدية فى العقد .

المبحث الثانى

الإنهاء الاختيارى للعقد

قد يتم النص فى العقد على أنه فى حالة حدوث حالات أو ظروف خاصة لأحد الأطراف يرى بسببها أن من مصلحته فسخ العقد وإنهاءه بصرف النظر عن أخطاء الطرف الآخر ، وهو ما يسمى بـ Concilation for Convenience ، ويعنى هذا أن يكون لأحد الأطراف الحق فى إنهاء العقد بناء على رغبته بصرف النظر عن أخطاء الطرف الآخر أو مدة العقد ، بحيث يكون تقدير الإنهاء للمتعاقد نفسه دون إعطاء إشعار بذلك ، وهو ما يسمى بالإنهاء الاختيارى .

والنص على مادة تعطى الحق لأحد الأطراف فى إنهاء العقد وفق مقتضيات مصالحه غالبًا ما تكون مُحَبَّذَةً فى العقود التجارية الدولية التى لا تتضمن مدة معينة لانتهائها أو مدة محددة لتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها فيها [٣]. أما بالنسبة للعقود التى تتضمن صراحة مدة لها فمن الأفضل أن يتم إنهاؤها عن طريق صياغة مادة فى العقد تسمح بإعطاء إشعار إنهاء وفق إرادة أحد أطرافه حتى عندما يكون الطرف الآخر غير مخل بالعقد . ويكون ذلك بصياغة نص بالإنهاء المبكر للعقد عند توفر أسباب معينة ، مثل : الإخلال بالالتزامات المنصوص عليها فيه من قبل أحد الأطراف ، أو إفلاسه أو أى حدث مماثل كما يلى :

"يبدأ هذا الاتفاق فى يوم / ./ هـ الموافق لـ / / م (التاريخ الفعلى لبدء العقد) ، أو (تاريخ التوقيع) وينتهى فى / / هـ الموافق لـ / / م أو وفقًا للمادة ... (التى تنظم الحق فى الإنهاء أو الانتهاء المبكر للعقد تلقائيًا دون إشعار أو بعد ثلاث سنوات من تاريخ بدايتها) ".

ولكن عند صياغة مثل هذه المادة المتعلقة بالإنهاء الاختيارى ، لا بد أن يتم الأخذ بعين الاعتبار عند صياغتها ، ليس فقط أطراف العقد ، ولكن أيضًا الطرف الثالث الذى قد يتأثر بتنفيذ العقد والتكاليف المترتبة على ذلك [٤] . وهذا يكون بإضافة فقرة لمثل هذه المادة تتم صياغتها بالنسبة لعقود البيع والشراء كما يلى :

"فى حالة الإنهاء الاختيارى للعقد من قبل المشترى وفقًا لنص المادة (...) ، يكون للبائع الحق فى التكاليف المترتبة على الإنهاء الكلى ، التى يجب أن يتم التفاوض عليها بين الأطراف ، على أساس التكاليف المباشرة ، والإضافية (بالإضافة إلى الربح المعقول) ، والتى تم تحملُها من قبل البائع فى تنفيذه للعقد ، أو التكاليف المعقولة التى تحملها البائع فيما يخص الإنهاء لهذا العقد ، وفيما يخص التسويات بين المشترى والمتعاقد أو المتعاقدين من الباطن نتيجة لهذا الإنهاء . كما يكون للبائع الحق فى مبلغ معقول لتعويضه عن أى تحصيل أو استعادة للتكاليف الإضافية والربح الذى يمكن أن يكون قد تحقق له لو أن المشترى قام بتنفيذ التزامه التعاقدى . كما أن البائع ، بموجبه ، يوافق على إبلاغ المشترى بكل التسويات المقترحة معه ومع المتعاقدين من الباطن ، ويتعهد بألا يدخل فى أى صلح أو تسوية ملزمة حتى يوافق المشترى على الصلح أو التسوية المقترحة ، أو أن تنقضى مدة ثلاثين يومًا من تاريخ إبلاغ المشترى بذلك " .

هذا وبصرف النظر عما إذا كان الإعفاء من المسئولية من أجل التنفيذ المستقبلى ، فالإنهاء لأى سبب يكون على أساس أن الحقوق والالتزامات التى نشأت قبل الإنهاء محفوظة ، وتكون صياغة مثل هذه الفقرة كما يلى :

- "أى إنهاء لهذا العقد لأى سبب كان يجب ألا يؤثر على أى حقوق أو التزامات". أو :

- "إنهاء هذا العقد لأى سبب كان يجب ألا يؤدى إلى إلغاء لحقوق أو إعفاء من أى التزامات نشأت أو أصبحت حالَّةً بين المُوَرِد والعميل قبل تاريخ الإنهاء " .

وهذا يعنى أن للمُورِّد الحق فى أن يحتفظ بحقوقه الناشئة قبل الإنهاء نتيجة إخلال الطرف الآخر فى العقد بالتزاماته التعاقدية المنصوص عليها فيه . واستخدام الحق فى الإنهاء الممنوح لأى طرف يجب ألا يلغى أو يؤثر على الحقوق القانونية أو على أى التزامات لأى طرف يكون ضد الطرف الآخر فيما يتعلق بأى إخلال للالتزامات المنصوص عليها فى العقد .

ولا بد من أن يتنبه المستشار القانونى الذى يقوم بالصياغة إلى نقطة مهمة هى أنه عند النص على حق أحد أطراف العقد فى الإنهاء من جانب واحد قد تفرض طبيعة العقد أن يكون هناك التزامات على طرف من أطرافه يجب أن تستمر حتى ولو تم إنهاء العلاقة التعاقدية . مثل هذه الالتزامات تظهر فى العقود الفنية ذات التقنية العالية وخاصة فيما يتعلق بسرية المعلومات التى تحصَّل أحد الأطراف أو اطَّلَع ، عليها أو حقوق الملكية الصناعية أو الفكرية ، أو كما تظهر كذلك فى عقود الوكالات التجارية فيما يتعلق بشرط عدم المنافسة (٥) .

فإذا اتجهت نية الأطراف المتعاقدة إلى بقاء هذه الالتزامات مستمرة فإنه يمكن الإشارة إليها فى أى مادة ذات علاقة بها ، وذلك كما يلى :

- "الشروط المنصوص صراحة على بقائها ونافذة بعد الإنهاء لعقد يجب أن تكون نافذة وأن يكون تأثيرها مستمراً حتى بعد إنهاء العقد" أو :

- "أى إنهاء لهذا العقد ، لأى سبب كان ، يجب ألا يؤثر على استمرارية الالتزامات التى قصد الأطراف استمرارها فى أى نص من نصوص العقد ، والتى تقصد الأطراف المتعاقدة أن تكون نافذة أو أن تستمر فى النفاذ فى تاريخ الإنهاء أو بعده" .

وهناك خيار آخر هو أن يتم النص فى مادة الإنهاء الاختيارى صراحة على أن بعض المواد لن تنتهى بإنهاء أو انتهاء العقد ، وأنها سوف تكون نافذة ومستمرة فى إحداث أثرها حتى بعد إنهاء العقد أو انتهائه .

وعادة ما يتم جمع كافة الشروط التى يقصد الأطراف أن تبقى نافذة ومستمرة فى إحداث تأثيرها فى موضع واحد حتى لا يمكن التغاضى أو الغفلة عنها . والطريقة المثلى لتحاشى نسيان النص عليها هى أن يقوم المستشار القانونى الذى تسند إليه مهمة صياغة العقد بالبدء فى صياغة كافة المواد أولاً ، ثم بعد ذلك وبصفة منفصلة يقرر أياً من هذه النصوص أو المواد يجب أن تستمر فى النفاذ وإحداث أثرها بعد انتهاء العقد ، مثال على ذلك ما يلى :

-"الإنهاء أو انتهاء مدة هذه التراخيص لأى سبب كان يجب ألا ينهى التزامات الثقة المفروضة على العميل وفقًا للمادة (...) " .

-"بصرف النظر عن - وعلى الرغم من - أى شيء منصوص عليه فى أى مكان آخر من هذا العقد ، شرط ... (يتم ذكر الشرط الذى يرغب فى استمراره) ، يجب أن يستمر فى النفاذ بعد الانتهاء أو الإنهاء لهذا العقد لأى سبب كان ، ومن طرف أى شخص كان ، وأن تستمر الالتزامات المنصوص عليها فيه نافذة بكاملها " .

أيضًا هناك حالات خاصة لبقاء وتأثير نصوص معينة نافذة خاصة فيما يتعلق برخص استخدام حقوق التأليف أو حقوق الملكية الصناعية . وفى حالات أخرى تكون الرخصة قد مُنِحَت فيها وفقًا لعقد يتضمن نصًا صريحًا على بقاء ونفاذ بعض الالتزامات على أحد أطراف العقد دون أن تتأثر بأى إنهاء ، ولذلك يجب اتخاذ العناية الكافية لتقرير ما إذا كان النص على مثل هذا الشرط ملائمًا أم لا . والسبب فى اتخاذ العناية اللازمة هو أن الإنهاء تم دون خطأ من قبل أحد أطراف العقد المستفيد من مميزات وفائدة مثل هذا الشرط ، أو أن الاتفاق انتهى بانتهاء المدة المقررة . وتصاغ مثل هذه المادة فى العقد كما يلى :

"إذا قام المُرخَّص له بإنهاء العقد وفقًا لما تنص عليه المادة (...) المشار إليها ، (أعلاه - أدناه) ، فله الحق فى الاحتفاظ بحقوقه فى استخدام البرامج محل الترخيص " .

أما فى حالة منح حق استخدام تراخيص للكية صناعية أو فكرية بدون مقابل ، فلا بد من اتخاذ العناية اللازمة لجعل مثل هذا الحق غير قاصر أو مانع " Non-exclusive وبدون حقوق للمُرخَّص له من الباطن ، وإلا فإن مالك الحق أصلاً سوف يتضرر من الاستخدام المستقبلى لحقوق الملكية الصناعية أو الفكرية التى يملكه دون مقابل لهذا يستحسن صياغة مادة متوازنة فى مثل هذه الحالة تكون صياغتها كما يلى :

"عند إنهاء هذا الاتفاق وفقًا للمادة (...) ، المُرخَّص له يُمْنَحُ حقوق استخدام غير قابلة للنقض ، وغير عامة وبدون جعالة (مقابل) Royalty رخصة (.....) ، ولكن بدون الحق لمن تم الترخيص له فى الترخيص من الباطن باستخدام هذه الحقوق من قبل طرف آخر ....." .

الفرع الأول : الإنهاء بإشعار دون سبب

الإنهاء بإشعار إما أن يكون بسبب أو بدون سبب . والنص على جواز الإنهاء دون سبب غالبًا ما نجده فى العقود والاتفاقات الخاصة بالتأجير ، والوكالات بأنواعها مثل عقود وكالات التوزيع أو التراخيص . مثل النص فى عقود تراخيص برامج الحاسب الآلى على الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة يمكن إنهاؤه من قبل العميل بالنسبة لأى برامج كمبيوتر فى خلال فترة دفع محددة المدة (٣٦) شهراً مثلاً تم إجراؤها عن طريق إعطاء مالك البرامج إشعاراً مكتوباً لينتهى عند نهاية الفترة أو بعد ذلك . ويتم النص على أنه يمكن للعميل أن يختار قبل انتهاء الفترة ، إنهاء الترخيص لبرامج الحاسب الآلى بواسطة إعادة هذه البرامج أو أى مواد مرفقة معها إلى مالكها مع رسالة من الشخص المُخَول بذلك من قبل العميل ، يشهد فيها بأن كل النسخ لهذه البرامج تم إتلافها وأن العميل توقف عن استخدام هذه البرامج . فعندما يتم إشعار مالك هذه البرامج من قبل العميل ليس عليه دفع أى شيء مقابل استخدام هذه البرامج ، ما عدا المبالغ التى حلت للدفع أو أى إيجار شهرى متبقٍ للفترة الباقية والمنصوص عليها فى الإشعار ، وفى أى وقت بعد تسليم الإشعار . ولكن لا بد من النص على الحق فى استمرار الخدمة أو التسهيلات وفقًا لما تم الاتفاق عليه ، والتى يمكن أن يتم إنهاؤها من قبل أى طرف من الأطراف بعد إعطاء إشعار محدد المدة إلى الطرف الآخر ، بعد ذلك تكون مسئولية العميل عن دفع الإيجار لاستخدام البرامج حالَّةً ، ويتوقف التزام المالك بتقديم الخدمة فى تاريخ انتهاء مدة الإشعار ، كما يصبح الاتفاق منتهياً .

الفرع الثانى : الإنهاء بسبب

منِ الحالات التى يحق لأحد أطراف العقد التجارى الدولى إنهاؤه فيها بتقديم إشعار للطرف الآخر ، حالة حدوث سبب قوى يُخَوِّل لهذا الطرف الحق فى إنهائه . مثل هذا السبب قد يكون غير متوقع عند التعاقد ولكن احتياطًا يتم النص عليه فى العقد . مثال ذلك النص على أنه فى حالة إفلاس أحد أطراف العقد يكون للطرف الآخر الحق فى إنهاء العقد . لأن الإفلاس يجعل من الصعب على الطرف المُفلس الاستمرار فى تنفيذ التزاماته التعاقدية .

والسؤال دائمًا هو فيما إذا كان حدوث هذا السبب ينهى العقد تلقائياً ، أو أنه فقط يعطى الطرف الآخر الحق فى إرسال إشعار بإنهائه ، ومن ثم الخيار فى ترك العقد قائمًا . هذا الخيار الأخير مفضل لأنه فى حالة الإخلال بما ينص عليه العقد من التزامات ، غالبًا ما يرغب أحد أطراف العقد فى إعطاء الفرصة للطرف الآخر فى إصلاح أخطائه .

وصياغة النص على الحق فى الإنهاء تكون بالنص صراحة على الأسباب التى تعطى الحق فى الإنهاء كما هو الحال فى عقود الوكالات التجارية عندما يكون الإنهاء بسبب الإفلاس أو تَحَكُّم الموكل المؤثر فى قرارات الوكالة كوكالة التوزيع أو عقد التراخيص عندما تكون شخصية الأطراف ذات أهمية ، مع إعطاء إشعار محدد المدة وذلك كما يلى :

"يمكن إنهاء هذا الاتفاق من قبل الموكل بإشعار يتم إرساله فى أى وقت إلى الوكيل فى حالة تَغَيُّر الأشخاص أو الشخص المُتَحَكِّم والمؤثر ، شريطة أن يتم إعطاء الإشعار فى مدة (...) يومًا من اكتشاف حالة تَغَيُّر الأشخاص من قبل الموكل ، يكون بعدها العقد منتهيًا بين الأطراف" .

الفرع الثالث : آثار الإنهاء

ينتهى العقد بتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها فيه ، أو بنهاية المدة المحددة فيه ، أو بالنص فيه على الحق فى الإنهاء نتيجة عدم التوصل بعد التوقيع على العقد إلى اتفاق على شروط مسبقة ومُوقِفَة تتطلب التنفيذ أولاً حتى يتم البدء فى تنفيذ العقد .

فإذا لم يتم تنفيذ هذه الشروط ينتهى العقد بين الأطراف دون أية مسئولية على أى منهم عن تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها فيه . إلا أن هناك نصوصاً مهمة ، يهتم بالنص عليها الكثير ممن يقومون بصياغة العقود عن رجال الأعمال ، مثل تلك التى تهتم بالتعويض عن الأعمال التى تم إنهاؤها أو ما تم التقدم فيه منها حتى تاريخ الإنهاء ، أو تلك النصوص التى تقضى بإعادة الأموال التى تم دفعها كمقدم للعقد .

والسؤال الذى يُطْرَح عادة من قبل المستشارين القانونيين ، فى مثل هذه الحالة ، هو : هل هناك حق لمورد البضائع فى أن يحصل على عمولة أو مقابل عن العمل المُنفَّذ أو الجارى تنفيذه ؟ . والإجابة عن هذا التساؤل تعتمد على التفاوض حول محتوى هذه النصوص فى العقد والذى بدوره يعتمد على القوة التفاوضية وقوة المقايضة لكل طرف . وتكون صياغة النص فى العقد كما يلى :

"فى حالة الإنهاء الاختيارى من قبل أى طرف وفقًا للمادة (...) يكون للمورد الحق فى الحصول على مبلغ مقطوع لأى عمل تم تنفيذه قبل الإنهاء ، مع حقه فى الحصول على الربح المعقول لما تم تنفيذه . كما أن للعميل الحق فى أن يحصل على أى مبلغ تم دفعه من قبله وفقًا لهذا الاتفاق ، سواء على اعتبار أنه تأمين أو مقدم أو أى شيء آخر له قيمة ويتعلق بموضوع العقد ، شريطة ألا يتحمل أى من الأطراف أية مسئولية لأى شخص نتيجة لهذا الإنهاء".

وتأثير الإنهاء الاختيارى يكون عادة فى نطاق العقد إلى الحد الذى يكون فيه كل طرف من أطراف العقد قادراً على استعادة أملاكه أو أى شيء سبق أن قام بتسليمه إلى الطرف الآخر تنفيذاً لشروط العقد بينهما . والنص على الحق فى الإنهاء الاختيارى عادة ما يكون فى العقود التى تنطوى على تراخيص لحقوق الملكية الصناعية أو الفكرية ، والتى تتضمن شرطًا خاصًا بسرية المعلومات يعتبر عادة عقداً مستقلاً بذاته . مثل تراخيص استخدام برامج الكمبيوتر التقنية المتقدمة . وقد لا يكون كافيا لمن يقوم بتسلُّم هذه المعلومات السرية أو البرامج المتضمنة لحقوق ملكية مجرد الوعد بعدم استخدام هذه البرامج بعد انتهاء العقد ، بل قد يطلب الطرف صاحب هذه الحقوق التأكد من عدم استخدامها ، وذلك باستعادتها وإعادة كل المعلومات والبرامج المتصلة بها ، التى تسلمها الطرف الآخر بموجب العقد [٦] .

الهوامش

(١) Edited by Ewan Mc Kendrick : Force Majeure and Frustration of Contract, p. 6-7. Lloyd's of London Press, Ltd. (1991).

(٢) Richard Christou : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 107-112.

(٣) Richard Christou : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 32-33.

(٤) Richard Christou : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 36.

(٥) Billie J. Ellis, Jr., & Keith D. Kohihepp : Negotiating and Drafting Confidentiality Agreements for Purchasers, The Practical Real Estate Lawyer, p. 47-55, 48, (Sept., 1991).

- Gary C. Hufbauer & George N. Carlson, United States Policy Toward The Transfer of Proprietry Technology: Licenses, Taxes, and Finance, Vol. 14, Vanderbilt Journal of Transnational Law, p. 337-361, 342, (1981).

(٦) Richard Christou : Boilerplate: Practical Clauses, op. cit., p. 41-42.

البـــاب
السادس

الاعتماد المستندى

الغرض من هذا الباب هو تعريف القارئ بالفكرة العامة التى تحيط بالطرق التى يمكن معها تنفيذ العقود التجارية الدولية ، وما هى مستلزمات هذا التنفيذ . فعادة فى العقود التجارية الدولية – خاصة عقد البيع الدولى للبضائع أو الخدمات – يتم الاتصال بين الأطراف فى العقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة ، وقد يكون هذا الاتصال لأول مرة دون معرفة مسبقة فيما بينهما أو قد يكون الاتصال عن طريق توصية من شخص آخر للتعريف بأمانة الأطراف أو ملاءتهم المادية ، التى تعتبر أساساً مهماً فى التعامل التجارى الدولى . كما قد يتم عن طريق هذا الاتصال بين الأطراف طلب البضاعة أو إرسال المبيع عن طريق وسائل الشحن المختلفة أو الوسيلة المطلوبة للشحن دون وجود عقد مكتوب بينهم .

وقد يتم الاتفاق بين الأطراف فى بعض العقود ، خاصة عقود البيع الدولى للبضائع على تطبيق بعض الشروط التى تم إعدادها من قبل بعض المؤسسات الدولية المعترف بها ، مثل تلك الشروط التى تم إعدادها من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى ، التى أصدرت بعض الشروط التعاقدية القابلة للتطبيق على كثير من العقود [١] ، أو الاتفاق بين الأطراف على تطبيق شروط أو عقود متعارف عليها كما هو معروف فى عقود البيع الدولى للبضائع . هذه الشروط أو العقود تعرف بـ Trade Terms مثل F.O.B. و C.I.F. أو F.A.S. وقد تعارف التجار المشتغلون بالتجارة الدولية عليها حتى أنها أصبحت تمثل عقوداً نموذجية يتم اتباعها فى كثير من التعاقدات الدولية [٢] . هذه الشروط من الناحية القانونية تقوم بثلاث مهام فى العقد هى كما يلى :

١ – العمل كجزء من شروط الثمن ودفعه فى العقد ، لأنها تحدد من هو المُلْزَم بدفع ثمن أى جزء من العقد وفى أى مرحلة من مراحله .

٢ – تساعد على تحديد من يتحمل المخاطر أثناء تنفيذ العقد .

٣ – لها تأثير كبير على متطلبات شحن البضاعة [٣] .

والاتفاق بين أطراف العقد التجارى الدولى على شروط الدفع وطريقته شىء مهم جداً ، لأن انتقال الملكية يختلف باختلاف الشكل التعاقدى الذى اختاره الأطراف . ففى عقد البيع الدولى للبضائع F.O.B. ، الذى يتطلب أن على المشترى أن يسمى السفينة أو الناقلة لنقل البضائع ، تنتقل الملكية إلى المشترى عند وضع البضاعة على ظهر

السفينة . وفى حالة رفض تسمية السفينة وفقًا لهذا العقد أو عدم وجود اسم السفينة فالبضاعة لا يمكن تحميلها ومن ثم لا تنتقل الملكية . لذلك لا يمكن للبائع أن يتقدم بدعوى للحصول على الثمن ، ولكن له الحق فى طلب التعويض لعدم قبول البضاعة ، إلا إنه من حق البائع أن يتقدم بدعوى للحصول على الثمن عندما يكون هناك نص فى العقد ينص على أن الثمن يُسْتَحق فى يوم محدد يصرف النظر عن تسليم البضاعة أو إهمال المشترى أو رفضه دفع الثمن .

وضمان دفع الثمن فى العقود التجارية الدولية مهم جداً لأن كل طرف لا يعرف الطرف الآخر أو يعرف عن ملاءته المالية وأمانته التجارية ، مما يعنى أنه لابد من التأكد بطرق أخرى من جديته فى التعامل وذلك يكون عادة بعدة طرق ، منها - مثلا - سحب كمبيالة ، حيث يقوم المشترى بتوقيع كمبيالة للبائع أو شيك مصدق بالمبلغ المطلوب فى تاريخ دفع معين أو عند الطلب وبعد توافر شروط معينة . وهناك طريقة أخرى أكثر شيوعًا واستخدامًا فى التعاملات التجارية الدولية ، هذه الطريقة هى استخدام الاعتماد المستندى فى الدفع حيث يقوم المشترى بإصدار تعليمات لبنكه الذى يتعامل معه أو أى بنك آخر ويطلب منه فتح اعتماد مستندى لمصلحة المُصدِّر أو البائع . هذا الاعتماد يتم إبلاغه إلى البائع مباشرة أو من خلال بنك آخر وسيط فى بلد البائع أو المتعاقد ، ويكون المبلغ المنصوص عليه فى الاعتماد المستندى عادة قابلاً للدفع حالاً إلى المستفيد بعد استكمال بعض الوثائق المطلوبة وفق ما هو منصوص عليه من شروط فى خطاب الاعتماد المستندى . وقد يؤيد البنك المراسل الاعتماد المستندى تأكيداً على جدية مُصدِرِ الخطاب إذا طُلِب منه ذلك .

كما يعتبر الاعتماد المستندى فى كثير من الأحيان وسيلة إثبات للعقد التجارى بين الأطراف المتعاقدة لأنه فى أغلب عمليات التجارة الدولية نجد أن أمر الشراء الصادر من المشترى يمثل العقد بينه وبين البائع ، أو قد يكون العرض أو الإيجاب بشراء البضاعة أو القيام بالخدمات المطلوبة هو العقد الوحيد بينهم . وفى بعض الأحيان قد يكون العقد بالشراء لفظيًا وسيلة إثباته الوحيدة خطاب الاعتماد المستندى (٤) .

كذلك قد تكون وثيقة الشحن هى العقد الفعلى التى بها يكتمل الاستلام و التسليم للمبيع ، على الرغم من أنه ليس هناك أى تسليم للثمن مباشرة ، كما هو حاصل بين

أى طرفين يتعاملان مباشرة فيما بينهما ، حيث يتم استلام البضاعة أو تسليمها من قبل البائع عن طريق تبادل مستندات معينة متعارف عليها فى التجارة الدولية ، ويكون جزء من هذه المستندات مع الشاحن ويرسل الجزء الآخر بالبريد للمشترى لإثبات شحن البضاعة . ويعتبر تسليم هذه المستندات إلى المشترى بمثابة دليل إثبات على إرسال البضاعة إلى المشترى وتنفيذ العقد من قبل البائع ، وبموجبها يحق للبائع أن يطلب من المشترى تسليم الثمن . والسبب فى طلب البائع لهذه المستندات هو عدم معرفته بالمشترى ، لذلك لابد وأن يكون هناك وسيلة بواسطتها يستأمن البائع على أن حقوقه محفوظة وأن ثمن البضاعة سوف يسلم له حال استلام المشترى للبضاعة وفقاً لما تم الاتفاق عليه (٥) .

كل هذا أدى إلى نشوء ما يسمى بالاعتماد المستندى ، حيث اعْتُبِرت هذه الأداة أداة ائتمان وضمان نظراً للضرورة التى أوجبتها حاجة التجارة الدولية ، وهى عدم معرفة طرفى المبيع ببعضهما البعض مما استوجب وجود طرف ثالث يضمن الثمن عن طريق قيامه بدور الوسيط بين طرفى العقد فى قيامه باستلام الثمن من المشترى وتوصيله إلى البائع . هذا الطرف الثالث الوسيط فى عالم التجارة الدولية هو البنك ، حيث إن عدم الثقة بين الطرفين فى العقد التجارى الدولى ناشئ من التباعد المكانى وجهل أحدهما بملاءة الطرف الآخر المالية . وبما أن تنفيذ الالتزام من قبل البائع يتطلب ضمان حقه فى الحصول على الثمن ، لذلك نشأت الحاجة إلى استخدام الاعتماد المستندى الذى هو بمثابة الضمان الحقيقى لوصول الثمن إلى بائع البضاعة .

لكل هذا رأينا ضرورة الإشارة إلى الاعتماد المستندى بما يوضح الفكرة العامة المحيطة به فقط . والسبب فى عدم التعمق فى ذلك هو أن الإحاطة بالمعرفة التامة بالاعتماد المستندى ليست بالأمر السهل نظراً لكبر موضوعه وتشعبه ودقته . ولاشك فى أن التعمق فى ذلك يتطلب وقتاً طويلاً لتحصيل الخبرة الكافية للوصول إلى درجة المعرفة الكاملة به . لذلك سنعرض بإيجاز فقط للمبادئ العامة فيه بما يؤدى الغرض الذى نهدف إلى تحقيقه من دراستنا . وسوف نحيل إلى كثير من الكتب المتخصصة ، وهى كثيرة جداً ، لمن رغب فى الاستزادة حول هذا الموضوع .

وسنقصر بحثنا على المواضيع التالية :

الفصل الأول : تعريف الاعتماد المستندى ومراحل تطوره وخطوات إصداره .

الفصل الثانى : الأصول والأعراف الموحدة التى تحكم الاعتماد المستندى على النطاق الدولى .

الفصل الثالث : أنواع الاعتماد المستندى وأشكاله .

الفصل الرابع : خطوات إصدار الاعتماد المستندى .

الفصل الخامس : المستندات المطلوبة لتنفيذ الاعتماد المستندى عموماً .

الهوامش

(١) Clive M. Schmitthoff : Export Trade: The Law & Practice of International Trade, p. 56-71, (Eighth Edition, STEVENS,1986).

وانظر أيضًا : المستشار أحمد منير فهمى ، دراسة مقارنة للائحة عقود البيع التجارية الدولية الجديدة (incoterms) لعام ١٩٩٠م .

(٢) ليس كل الدول المصدرة للبضائع تلتزم بهذه الشروط ، مثل : اليابان وبريطانيا ، فالبائعون والمشترون قليلاً ما يستخدمونها فى تعاقداتهم الدولية :

- Tanikawa : Risk of Loss in Japanese Sales Transaction, Vol. 42, Washington Law Review, p. 463, (1967).

(٣) Note, Incoterms on the British Export Trade. 1965, Journal of Business Law, P.114, (1965).

(٤) Mr. Lazar Sarna : Letter of Credit, p. 160, (Carswell Company Lmt., 1986).

(٥) د. على جمال الدين عوض : الاعتمادات المستندية ، دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد ١٩٨٣م الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٩م ، ص (٢) .

الفصل الأول

تعريف الاعتماد المستندى ومراحل تطوره

هناك محاولات عديدة من قبل كثير من الكتاب لتعريف الاعتماد المستندى [1] . وقد تعددت هذه التعاريف نظراً لتعدد صور وأشكال الاعتماد المستندى مما صعَّب مهمة وضع تعريف دقيق وشامل له ، حتى أن بعض الكتاب العرب أنكر أن كلمة «اعتماد مستندى» تصف بدقة المعنى الحقيقى الذى تهدف إليه وتعنيه كلمة «اعتماد [2] . ونحن هنا سوف نعرّف الاعتماد المستندى بما ذهبت إليه قواعد الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الدولية فى المادة (٢) منها والتى تنص على أن اصطلاحات :

«الاعتماد المستندى ، والاعتمادات المستندية ، وخطابات الاعتمادات الضامنة ، المستخدمة فى هذه المواد والمشار إليها فيما يلى على أنها تعنى : أى ترتيب مهما كانت تسميته أو وصفه ، بمقتضاه يقوم البنك (البنك المصدر) بعمل بناء على طلب ووفقاً لتعليمات عميل (طالب الاعتماد) ؛

١- بالدفع إلى أو لأمر طرف ثالث (المستفيد) ، أو بدفع أو قبول كمبيالات مسحوبة بواسطة المستفيد؛ أو

٢- بتفويض بنك آخر بأن يقوم بهذا الوفاء ، أو بدفع قيمة هذه الكمبيالات أو قبولها أو خصمها؛ مقابل مستندات مشترطة على أن تكون نصوص وشروط الاعتماد قد روعيت» [3] .

من ذلك نستنتج أن الاعتماد المستندى يتكون من خطاب أو تعهد مكتوب فى صيغة معينة من بنك يسمى البنك المصدر ، يسلم هذا الخطاب إلى البائع أو المستفيد بناء على طلب المشترى ، مقدم الطلب أو الآمر ، وبالمطابقة لتعليماته ، يهدف إلى الوفاء ، سواء نقداً أو قبول كمبيالة أو خصمها فى حدود مبلغ محدد خلال فترة معينة مقابل تسليم مستندات معينة سبق النص عليها وتتضمن المستندات التى تتطلبها غالباً الأغراض التجارية أو الرسمية .

وسمى الاعتماد المستندى بهذا الاسم لأنه يتطلب للوفاء به تسليم مستندات معينة

تثبت تسلم البضاعة . هذه المستندات تتكون من سندات الشحن ، بوليصة التأمين ، الفاتورة التجارية ، وأحيانًا شهادة فحص البضاعة التى تبين مدى مطابقة البضاعة لشروط الاعتماد المستندى ، وفق ما طلبه المشترى ونص عليه فى الاعتماد .

ويكون دفع المبلغ المنصوص عليه فى الاعتماد المستندى من خلال بنك وسيط Advising Bank أو البنك المراسل Corresponding Bank كما يسمى أحيانًا ، الذى بدوره يتلقى المستندات ويقوم بفحصها ومن ثم يقدم اعتماد الدفع إلى البائع بعد التأكد من صحة الوثائق واستكمالها (٤) . مثل المُصدِّر اليابانى الذى يتلقى طلبًا من مشترٍ سعودى ، قد يرغب فى التأكد من جدية الطلب وتأمين دفع الثمن ، قبل قيامه بشحن البضاعة أو قيامه بتصنيع القطعة محل الطلب ، لذلك فإنه سوف يطلب من المشترى السعودى أن يقوم بفتح اعتماد لصالحه يكون قابلاً للدفع لمصلحته بعد أن يثبت للبنك الذى من خلاله صَدَر الاعتماد أو فُتِح عن طريقه ، أن البضاعة قد تم شحنها وفقًا للطلب . وبعد تقديم هذا الإثبات سوف يقوم البنك بدفع الثمن للمُصَدِّر اليابانى كما تم النص عليه فى الاعتماد . وهذا يعنى أن المُصَدِّر اليابانى يملك وعداً من البنك بدفع المبلغ بعد تنفيذ الطلب وليس عليه أن يعتمد على مدى ثقة واستعداد المشترى السعودى لدفع الثمن .

وقد نشأ الاعتماد المستندى وتطور منذ مدة طويلة تلبية لحاجة التجارة الدولية وظروفها ، وبلغ هذا التطور ذروته قبل الحرب العالمية الأولى فى بريطانيا . ولكن بعد الحرب العالمية الثانية كسرت أمريكا الاحتكار البريطانى باتساع دورها فى التجارة الدولية ، وأصبحت الدولة أكبر مُصَدِّر ومستورد للبضائع والخدمات على المستوى العالمى منذ ذلك الحين . وقد أدى هذا التطور إلى قيام الحاجة إلى دخول البنوك كلاعب رئيسى فى هذا المضمار ، حتى أصبحت البنوك الأمريكية ، باعتبار الولايات المتحدة الأمريكية أكبر دولة فى تبادلاتها التجارية عالميًا ، وصاحبة الحظ الأوفر بل الأول فى إصدار خطابات الاعتماد المستندى فى التجارة الدولية (٥) .

وقد حظى خطاب الاعتماد المستندى بهذه الأهمية القصوى ، وأصبح الأداة الأولى فى تسيير وتسهيل عملية الاقتصاد الدولى ، لما له من مزايا عديدة ، من أهمها خلق الثقة بين المتعاملين لما يقدمه من ائتمان للبائع ، حيث يفوض المشترى البنك فى خطاب

الاعتماد الذى يسحبه عليه أو يصدره إليه بالسحب عليه أو على أحد مراسليه والتعهد بالدفع أو قبول المسحوبات بعد استيفاء الشروط التى تم النص عليها فى خطاب الاعتماد وحلول البنك فاتح الاعتماد محل الطرفين فى العقد بين الأطراف ، لأنه يضمن لكل طرف من أطراف العقد الحصول على حقوقه التى نشأت عن العقد التجارى بينهما كاملة . وهذا يكون بضمان البنك حصول البائع على ثمن البضاعة المرسلة أو الخدمات المقدمة بعد استيفاء شروط العقد بينه وبين المشترى ، وحصول المشترى على البضاعة كما أنه يضمن أن الثمن الذى قدمه للبنك لن يتم دفعه للبائع إلا بعد تأكد البنك من أن البائع نفذ كل الشروط والالتزامات تنفيذاً صحيحاً كما تم الاتفاق عليها [٦] .

الهوامش

(١) د. نجوى محمد كمال أبو الخير : البنك والمصالح المتعارضة فى الاعتماد المستندى ، دراسة للقضاء والفقه المقارن ، طبع ونشر المؤلف ١٩٩٣م ، ص ص (٣٠-٣٤) ؛ د. على جمال الدين عوض : الاعتمادات المستندية ، مرجع سابق ص (١١) ؛ ولنفس المؤلف ، الاعتمادات المصرفية وضماناتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٤م ، ص (٧) ، كذلك لنفس المؤلف : عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ١٩٨٩م ؛ د. عصام الدين القصبى : النظام القانونى للعمليات المصرفية الدولية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣م ، ص (١٣٢) .

- Mr. Lazar Sarna, op. cit., p. 1.
- G.A.Penn, A. M. Shea and A. Arora : The Law & Practice of International Banking, Vol., II, p. 290, Sweet & Maxwell, London 1987.

(٢) د. على جمال الدين عوض : الاعتمادات المستندية ، دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة ١٩٨٣م الدولية ، مرجع سابق ، ص ص (٧-٨) .

(٣) يعرف د. على جمال الدين عوض : الاعتماد المستندى بأنه «الاعتماد الذى يفتحه البنك بناء على طلب شخص يسمى الآمر ، أيًا كانت طريقة تنفيذه ، أى سواء كان بقبول الكمبيالة أو بخصمها أو بدفع مبلغ لصالح عميل لهذا الأمر ، ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة فى الطريق أو معدة للإرسال» ، د. على جمال الدين عوض : الاعتمادات المستندية ، دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد سنة ١٩٨٣م الدولية ، مرجع سابق ، ص (١١) .

(٤) Clive M. Schmitthoff' : Export Trade, The Law & Practice of International Trade, p. 339, (STEVENS, Eighth Editions 1986).

(٥) Mr. Nicholas L. Deak : Letter of Credit (Documentray Credit), Vol., II, New York Journal of International and Comparative Law, p. 229-251, 230, (1981).

(٦) ورد فى المرشد العملى الذى وضعته غرفة التجارة الدولية فى شأن الاعتماد المستندى (١٩٧٨-١٩٨٥م) ما يلى :

- ترتيب من البنوك لتسوية معاملات تجارية دولية .
- وتقدم أسلوبًا للأمان لجميع الأطراف .
- وتضمن وفاء الثمن بشرط أن تكون بنود وشروط الاعتماد قد نفذت .
- وهى تعنى أن الوفاء بهذه الوسيلة يقوم على المستندات وحدها وليس على البضاعة أو الخدمة المقدمة .

الفصل الثانى

الأصول والأعراف الموحدة التى تحكم الاعتماد المستندى على النطاق الدولى

بما أن الاعتماد المستندى نشأ وتطور استجابة لحاجة العمل التجارى الدولى فليس هناك أى تشريع داخلى ينظم هذه الأداة فى أغلب تشريعات الدول ، خاصة الدول التى لا تعتبر من الدول ذات الثقل الاقتصادى والتعامل التجارى واسع النطاق عالمياً ، وظل لمدة طويلة تحكمه العادات والأعراف التجارية والأحكام القضائية ، والتى لعبت دوراً مهماً فى صياغة القواعد القانونية التى تحكم التعامل التجارى الدولى بين أطراف العلاقة التجارية .

ولكن نتيجة لاختلاف العادات والأعراف بين الدول بالإضافة إلى اختلاف الأنظمة القضائية ، والاتجاهات السياسية لفترة طويلة ، فقد دعت الحاجة إلى توحيد هذه الأعراف والعادات فى صيغة موحدة لها . وهذا التوحيد هو ثمرة جهود بدأت بمبادرة من غرفة التجارة الدولية منذ عام ١٩٢٩م ، وتكررت المحاولات لاستقطاب أكثر عدد من الدول للمشاركة فى إعداد وتطبيق هذه القواعد . وكان أول نجاح هذه المحاولات فى مؤتمر غرفة التجارة الدولية المنعقد فى فينا لعام ١٩٣٣م ، الذى أقرت الغرفة فيه ما يسمى اليوم بـ «القواعد والعادات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية» ، إلا أن النجاح فى تطبيق هذه العادات فى بريطانيا وغيرها من دول الكومنولث البريطانى لم يتم إلا متأخراً حيث امتنعت عن التصويت فى ذلك المؤتمر [١] .

وبعد الحرب العالمية الثانية أعيدت صياغة هذه القواعد عدة مرات ، منها ما تم فى عام ١٩٥١م ، و عام ١٩٦٢م ، وعام ١٩٧٤م ، وعام ١٩٨٣م ، وكانت آخر صياغة لها قد تمت فى عام ١٩٩٤م حيث صدر آخر تعديل لها فى باريس ، وبدأ سريان هذا التعديل من أول شهر يناير ١٩٩٤م [٢] ، وهو التعديل المعمول به حالياً بعد إقراره من قبل اتحادات البنوك والمؤسسات المصرفية الدولية فى عدد هائل من الدول فى كافة القارات . وقد ساهمت كثير من المنظمات الدولية واتحادات البنوك والغرف التجارية

والصناعية فى غالبية دول العالم التجارى والصناعى والعديد من غرف التجارة فى الدول النامية ، بالإضافة إلى منظمات الأمم المتحدة فى إقرار هذه الصياغة [٣] .

وتطبيق هذه الأصول والأعراف الموحدة لن يتم تلقائيًا بل بموافقة الأطراف المتعاقدة فى العقد التجارى الدولى ، حيث لابد لانطباقها من النص عليها صراحة من قبل الأطراف فى عقودهم التجارية ، أو النص عليها حال فتح الاعتماد من قبل عميل البنك ، أو وضعها من قبل البنك بعد إشعار العميل بذلك ، وهو ما نصت عليه هذه القواعد فى المادة الأولى منها . وعند اختيار الأطراف تطبيق هذه الأصول والأعراف ، فيجب أن يتم النص صراحة على تاريخ صدورها والرقم المتسلسل الذى تعرف عادة به ، وإلا فإن التعديل المتفق عليه هو التعديل الأخير باعتباره التعديل النافذ على تعامل الأطراف فيما بينهم [٤] .

الهوامش

(١) د. نجوى محمد كمال أبو الخير : البنك والمصالح المتعارضة فى الاعتماد المستندى ، مرجع سابق ، ص ص (٤٤-٤٥) .

- I.C.C., Biennial Report, 1961-63, p. 39.

- Lazar Saran, op. cit., p. 55, note No: 50.

(٢) كان آخر تعديل لهذه القواعد هو التعديل الذى يطلق عليه نشرة (٥٠٠) ويعرض بها وقد تم وضع عدة ترجمات لهذه المصطلحات وهى بالعربية والإنجليزية والفرنسية والألمانية والأسبانية وتعتبر كلها رسمية ولها نفس الحجية إلا أن الترجمة العربية التى بين يدينا تمت عن طريق اللجنة الوطنية الأردنية لغرفة التجارة الدولية فى عمان ، الأردن .

(٣) الدكتور على جمال الدين عوض : الاعتمادات المستندية ، مرجع سابق ، ص ص (٣٨-٣٩) .

(٤) أشارت المادة الأولى من المصطلحات والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية لعام ١٩٩٣م ، رقم (٥٠٠) إلى ما يلى :

«تطبق الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية (Uniform Customs & Practice for Documentary Credits) الصيغة المعدلة لعام ١٩٩٣م ، منشور غرفة التجارة الدوليلة رقم (٥٠٠) (ICC Publication No. 500) ، على جميع الاعتمادات المستندية (بما فى ذلك اعتمادات الضمان - Standby Letter (s) of Credit ضمن حدود تطبيق الأصول والأعراف الموحدة عليها) والتى تكون هذه الأصول والأعراف الموحدة مدرجة فى نصها ، وهى ملزمة لجميع أطرافها إلا إذا اشترط الاعتماد صراحة على ذلك» .

الفصل الثالث
أنواع الاعتمادات المستندية

تتميز الاعتمادات المستندية بأن لها أنواعًا متعددة تختلف تبعًا لما يتفق عليه الأطراف فى عقد فتح الاعتماد ، والوظيفة التى يهدف الأطراف من الاعتماد أن يقوم بها وفقًا للظروف التى تستعمل فيها هذه الاعتمادات . هذه الأنواع باختصار هى :

١- الاعتماد المستندى القطعى أو الغير قابل للإلغاء Irrevocable Letter of Credit
وهو بدوره ينقسم إلى مؤيد Confirmed وغير مؤيد Unconfirmed .

٢ - الاعتماد المستندى غير القطعى Revocable Letter of Credit للإلغاء [١] .

هذان النوعان يطلق عليهما الاعتمادات التجارية ، وسوف نبين باختصار الدور الذى تقوم به هذه الأنواع فى التجارة الدولية وذلك كما يلى :

أولاً : الاعتماد المستندى القطعى أو غير القابل للإلغاء Irrevocable Letter of Credit هذا النوع من الاعتمادات المستندية هو المهم والغالب فى التعاملات التجارية الدولية . وهو قد يكون مؤيداً من بنك ثالث وسيط Corresponding Bank بين البنك مصدر الاعتماد أو فاتحه Issuing Bank والعميل . وهذا يعنى بدوره تعدد البنوك الملتزمة بتنفيذ ما نص عليه خطاب الاعتماد للمستفيد مما يزيد من ثقته وأمانته [٢] .
ويمكن تعريف الاعتماد المستندى القطعى هذا بأنه :

«تعهد نهائى ومحدد لا يمكن الرجوع فيه من قبل البنك المصدر بدفع أو قبول كمبيالة أو سحب كمبيالة مستندية شريطة تنفيذ كافة الشروط المنصوص عليها فى الاعتماد [٣] ".

هذا الالتزام من قبل البنك المصدر يكون نافذاً من تاريخ وصول الإخطار بفتح الاعتماد المستندى للمستفيد ، الذى بعد وصوله وعلم الأطراف به لا يجوز الرجوع فيه [٤] . فإذا تمت مراعاة شروط الاعتماد وتم إبراز كافة المستندات اللازمة والمشترطة فى الاعتماد ، فإن البنك ملزم بالدفع للمستفيد أياً كان هذا المستفيد ، سواء

كان بائعًا أو مصنعًا أو مقدمًا للخدمة المنصوص عليها فى المستندات .

وقد اكتسب الاعتماد المستندى القطعى غير القابل للإلغاء أهمية كبيرة نظراً لما يقدمه من ضمان للمستفيد معتمداً على التزام البنك تجاهه مباشرة ، ولما يتميز به هذا النوع من الاعتمادات المصرفية عن غيره من أنواع الاعتمادات المستندية الأخرى من الابتعاد بالتزام البنك هذا عن أى تأثيرات أو مشكلات قد تنتج عن عقد البيع الذى بموجبه فتح الاعتماد المستندى أو حتى ما قد ينتج عن عقد الاعتماد المستندى نفسه بين البنك و عميله الذى طلب فتح الاعتماد ، مما يعوق تنفيذ الاعتماد المستندى نفسه . مثلاً المشاكل التى تنتج عن إفلاس عميل البنك بعد فتح خطاب الاعتماد . فالعميل يكون قد أمَّن المبلغ لدى البنك مسبقًا ، كما أن الدين يكون دينًا ممتازًا له الأولوية فى السداد فى حالة إفلاس العميل وإن لم يتم دفع مبلغ الاعتماد المستندى أو قيمته كليًا [٥] .

وتُعَدُّ التزامات البنك فى الاعتماد المستندى القطعى التزامات مباشرة وحالَّة شريطة أن يقوم المستفيد بإبراز المستندات اللازمة ، وليس هناك أى علاقة تعاقدية بين البنك مصدر الاعتماد والمستفيد ، كما أن العميل الذى قام بفتح الاعتماد مع البنك لا يمكنه الرجوع فى التزامه وتعهده المنصوص عليه فى خطاب الاعتماد بعد أن تم تبليغ المستفيد به وقبوله له إلا بموافقة كافة الأطراف أصحاب العلاقة فى خطاب الاعتماد المستندى [٦] .

ويجب أن يكون الاعتماد المستندى صريحًا منذ طلب فتحه بحيث يتم النص على نوعه فيما إذا كان قطعيًا غير قابل للإلغاء Irrevocable أو قابلاً للإلغاء Revocable وذلك فى طلب فتح الاعتماد . لأن الاعتماد لا يكون قطعيًا غير قابل للإلغاء إلا إذا تم النص على ذلك صراحة فى خطاب الاعتماد الذى يُخْطِر به البنك المستفيد [٧] ،لأن الأصل فى خطاب الاعتماد المستندى أن يكون غير قطعى [٨]

والاعتماد القطعى البات قد يكون مؤيداً Confirmed أو غير مؤيد Unconfirmed من البنك الوسيط Corresponding Bank أو أى بنك آخر . وهذا التأييد لا بد وأن يكون بناء على طلب البنك المصدر لخطاب الاعتماد المستندى ، لأن البنك المصدر لخطاب الاعتماد المستندى [٩] قد يقوم بإخطار المستفيد مباشرة دون وساطة بنك آخر

فى بلد المستفيد أو قد يكون هذا الإخطار من خلال فرعه فى بلد المستفيد أو من خلال بنك آخر وسيط دون تدخل البنك الوسيط الذى يكون دوره فى هذه الحالة دور المراسل Delivering Bank الذى يقوم بتوصيل الإخطار إلى المستفيد فقط دون التزام عليه لصالح المستفيد ماعدا التزامه بالتأكد من صحة الخطاب وقانونيته Authenticity فقط (١٠) .

وإذا لم يتمكن البنك الوسيط من التأكد من ظاهر صحة الاعتماد المستندى فعليه التزام بإبلاغ البنك المُصْدِر للاعتماد بعدم تمكنه من ذلك . فإذا اختار أن يبلغ الاعتماد بحالته فيجب عليه أن يبلغ المستفيد بأنه لم يتمكن من التأكد من صحة الاعتماد (١١) ، ومن ثم يسمى الاعتماد فى هذه الحالة غير مؤكد Unconfirmed ، ولا يؤثر عدم التأكيد لخطاب الاعتماد على قطعيته واعتباره باتًا غير قابل للإلغاء ، لأن الالتزام فى هذه الحالة هو التزام البنك القطعى المُصدِر فقط دون إضافة التزام آخر لتعزيز الخطاب فى بلد المستفيد .

أما فى حالة ما إذا طلب البنك المُصْدِر لخطاب الاعتماد من البنك الوسيط ، سواء كان فرعًا لبنكه فى بلد المستفيد أو بنكًا آخر ، بتأكيد وتأييد خطاب الاعتماد ، فإن ذلك يضيف التزامًا آخر على البنك الوسيط المؤيد لخطاب الاعتماد أمام المستفيد ، والذى لابد وأن يصله هذا التأييد . ويعتبر الاعتماد فى هذه الحالة من أعلى وأقوى أدوات الضمان والأمان للمستفيد وذلك لما يلى :

١ - لأن هناك بنكين ملتزمين بدفع المبلغ المنصوص عليه فى خطاب الاعتماد .

٢ - لأنه فى حالة حدوث أى نزاع يستطيع المستفيد من طلب التنفيذ من البنك المؤيد لخطاب الاعتماد فى بلده وفقًا لنظامه القضائى بعيدًا عن الصعوبات التى قد تواجهه فيما لو أدت الحاجة إلى التقاضى فى بلد البنك المصدر للاعتماد (١٢) .

٣ - لأن الاعتماد متى ما تم تأييده من قبل البنك الوسيط فإنه لا يمكن تعديله أو إلغاؤه دون اتفاق بين البنك المصدر والبنك المؤيد والمستفيد من خطاب الاعتماد (١٣) .

ثانيًا – الاعتماد المستندى غير القطعى أو القابل للإلغاء Revocable Letter of Credit

يجب أن يكون الاعتماد المستندى واضحًا فيما إذا كان قابلاً للنقض Revocable أو غير قابل له Irrvocable (١٤) ، لأنه فى حالة عدم بيان ذلك فإن الاعتماد المستندى يعتبر قابلا للإلغاء أو النقض Revocable (١٥) ، مما يجعلنا نستنتج أن الاعتماد المستندى يعتبر فى الأصل غير قطعى أو بات ، أى قابلًا للنقض ما لم يتم النص صراحة على أنه غير قابل له . والاعتماد عندما يكون غير قطعى أى قابلاً للنقض يطلق عليه الاعتماد البسيط (١٦) ، بحيث يجوز إلغاؤه من قبل البنك المُصدِر له فى أى وقت دون التزام بإشعار المستفيد حتى بعد تبليغه بنية المستفيد الحصول على المبلغ المنصوص عليه فيه (١٧) . كما أنه ليس على البنك الذى قام بالإلغاء أى التزام قانونى بإشعار المستفيد بهذا الإلغاء ، وفى حالة ما إذا قام بإشعاره فهو من باب المجاملة فقط وليس تنفيذًا لإلتزام قانونى عليه (١٨) .

والفائدة المرجوة للمستفيد من هذا النوع من خطابات الاعتماد محدودة جدًا ماعدا فى حالة ما إذا كان لدى المستفيد من خطاب الاعتماد بضاعة جاهزة وقام بشحنها حال استلامه لخطاب الاعتماد الغير قطعى وقدم المستندات الثبوتية إلى البنك الذى قام بدفع المبلغ المنصوص عليه فيه أو قبوله مع المستندات قبل استلامه إشعارًا بالإلغاء أو التعديل وكانت المستندات فى ظاهرها سليمة ومتوافقة مع شروط خطاب الاعتماد ، فإن من حق البنك الذى قام بدفع المبلغ المنصوص عليه فى خطاب الاعتماد أن يحصل على التعويض كاملاً من قبل البنك المصدر . لهذا نجد أن استعمال هذا النوع من خطابات الاعتماد قليل جدًا نظرًا لمحدودية قيمته الائتمانية وعدم كفايتها (١٩) ، ومن ثم فليس له دور كبير ومؤثر فى العقود التجارية الدولية .

أما من ناحية قابلية الاعتماد المستندى للتحويل فإنه يكون قابلا للتحويل بشرط أن يتم النص صراحة فيه على ذلك . والقابلية للتحويل تعنى أنه يجوز بموجبه للمستفيد الأول First Beneficiary أن يطلب من البنك المُفَوَّض بالدفع أو المتعهد بالدفع المؤجل أو القبول أو التداول «البنك المُحَوِّل» Transferring bank أو فى حالة الاعتماد القابل للتداول بحرية من البنك المحول ، أن يجعل الاعتماد متاحًا إما كليًا أو جزئيًا إلى

مستفيد آخر أو أكثر (المستفيد الثانى/ أو المستفيدين التاليين) Second Beneficiary(ies) .

والتحويل يجب أن يتم النص عليه صراحة ، ولا يمكن أن تغنى عن هذا النص الصريح عبارات غير واضحة وصريحة مثل قابل للقسمة divisible أو قابل للتجزئة Fractionable أو قابل للتنازل Assignable أو قابل للتحويل Transferable لأن مثل هذه العبارات لا تجعل الاعتماد قابلاً للتحويل مباشرة ، و فى حالة ما إذا استخدمت مثل هذه العبارات فيجب على المصرف أن يتجاهلها [٢٠] .

الهوامش

(١) هذا هو مانصت عليه المادة (٦) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية ، وهناك أنواع أخرى هي :

- الاعتماد المدور Revolving Letter of Credit .

- الاعتماد الضامن أو الاحتياطى Standby Letter of Credit إلى غير ذلك من الأنواع المستخدمة فى التعاملات البنكية والتجارية حسب طبيعة الغرض منها . انظر فى هذا الخصوص د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص (٣٥) .

(٢) انظر المرجع السابق ، ص (٣٥) .

- Lasar Sarna, op. cit., p. 16.

(٣) الأصول والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية ucp مادة (٤) (أ) من نشرة عام ١٩٨٣م رقم (٤٠٠) .

- Lasar Sarna, Ibid., p. 15.
- W. L. O'Hare : Introduction to Documentary Credits, p. 28, The Chartered Institute of Bankers, 1990.

(٤) على جمال الدين عوض : الاعتمادات المستندية ، مرجع سابق ، ص (١٦) ، وانظر أيضًا : الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp مادة (٩) .

- G. A. Penn, A.M.SH 296-302, Sweet & Maxwell, London 1987.

(٥) د. عصام الدين القصبى ، مرجع سابق ، ص (١٦) . وانظر أيضًا : الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp مادة رقم (٩) .

(٦) Lasar Sarna, op. cit., p. 15, and 27-55.

هذا وهناك عدة نظريات لشرح التزام البنك القطعى والتزام عميله بعدم الرجوع فى الالتزام وتوضيح العلاقة بين البنك المصدر لخطاب الاعتماد والمستفيد .

- C. A. Penn, A. M. Shea and A. Arora, op. cit., p. 295-303.

- راجع أيضًا : الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp مادة (٩) فقرة (d) .

(٧) الأصول والأعرف الدولية الموحدة ucp مادة (٦) فقرة (ب) .

(٨) الأصول والأعرف الدولية الموحدة ucp مادة (٦) فقرة (ج) .

(٩) الأصول والأعرف الدولية الموحدة ucp مادة (٩) فقرة (ب) ، وانظر أيضًا : Lasar Sarna ، مرجع سابق ، ص ص ١٦-١٧.

(١٠) الأصول والأعرف الدولية الموحدة ucp مادة (٧) فقرة (٢) .

(١١) الأصول والأعرف الدولية الموحدة ucp مادة (٧) فقرة (ب) .

(١٢) Lasar Sarna, op. cit., p. 17.

(١٣) الأصول والأعرف الدولية الموحدة ucp مادة (٩) فقرة (ب) ،

- W. L. O'Hare, op. cit., p. 35.

(١٤) الأصول والأعرف الدولية الموحدة ucp مادة (٦) فقرة (ب) .

(١٥) الأصول والأعرف الدولية الموحدة ucp مادة (٦) فقرة (ج) .

(١٦) د. عصام الدين القصبى ، مرجع سابق ، ص (١٤٣) .

(١٧) Lasar Sarna, op. cit., p. 10.

– وانظر أيضًا : الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp مادة (٨) فقرة (أ) التى توجب على البنك المصدر أن :

١ – يسدد للمصرف الذى أصبح الاعتماد القابل للنقض متاحًا لديه للدفع بالاطلاع ، القبول والتداول ، قيمة دفعة ، قبله أو تداوله ذلك المصرف قبل استلامه إشعارًا بالتعديل أو الإلغاء ، مقابل مستندات تبدو فى ظاهرها مطابقة لشروط الاعتماد .

٢ – يسدد للمصرف الآخر الذى أصبح الاعتماد القابل للنقض متاحًا لديه بالدفع المؤجل إذا كان ذلك المصرف وقبل استلامه إشعارًا بالتعديل أو بالإلغاء قد اعتمد مستندات تبدو فى ظاهرها مطابقة لشروط الاعتماد»، الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp ، مادة (٨) فقرة (ب) .

(١٨) G.A.Penn, A.M.Shea and A.Arora, op. cit., p. 293.

(١٩) د. عصام الدين القصبى ، مرجع سابق ، ص ص (١٤٣-١٤٤) . وانظر أيضًا : W. L. O'hare ، مرجع سابق ، ص (٢٨) .

(٢٠) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp مادة (٤٨) فقرة (ب) .

الفصل الرابع

خطوات إصدار الاعتماد المستندى

إصدار الاعتماد المستندى لا يكون إلا من قبل بنك لأن ذلك يُعَدُّ أحد المهمات التى تقوم بها البنوك [1] . كما أنه لا يتم إصدار خطاب اعتماد مستندى فى الغالب إلا فى عملية عقد تجارى دولى ، حيث يقوم المشترى بطلب إصدار خطاب اعتماد مستندى من بنكه الذى يتعامل معه أو من أحد البنوك الأخرى ، تنفيذاً لما تم النص عليه فى عقد البيع بينه وبين البائع أو بموجب أمر الشراء الصادر منه والمنصوص فيه على أن دفع الثمن يكون عن طريق إصدار خطاب اعتماد مستندى لمصلحة البائع أو المستفيد .

فالمشترى أو طالب فتح الاعتماد المستندى يتقدم بطلب إلى البنك الذى يتعامل معه أو بنك آخر لفتح خطاب اعتماد مستندى . هذا الطلب يكون عادة نموذجًا متعارفًا عليه لدى البنوك ، يُحَدِّد فيه طالب الاعتماد الشروط التى يرغب أن يتضمنها خطاب الاعتماد المستندى ، كما يحدد فيه أيضًا ما إذا كان يرغب أن يكون خطاب الاعتماد قطعيًا غير قابل للنقض أو الإلغاء أم لا ؟ بالإضافة إلى تحديد حقوق والتزامات كل من البنك والعميل [2] .

ولابد أن يُحَدَّدَ فى خطاب الاعتماد اسم الشخص المستفيد ومدة صلاحية خطاب الاعتماد المستندى والمبلغ الذى يتضمنه والمستندات التى يتطلَّب من المستفيد تقديمها قبل حصوله على المبلغ المنصوص عليه فى الاعتماد ، وكيفية ذلك وفيما إذا كان يمكن للمستفيد سحبه أم لا ؟ [3] . كما يحدد فيه ما إذا كان يجب تقديم الأصل أو صور بديلة عنه [4] .

مثل هذه الشروط والمتطلبات تعتبر ضرورية لأن الاعتماد المستندى يتطلب بالضرورة إثبات شحن البضاعة والتأمين عليها بالإضافة إلى إبراز شهادات المنشأ والفحص ، إلى غير ذلك من الوثائق كالفاتورة التجارية التى تحدد نوع البضاعة ووصفها وفقًا للعقد بين الأطراف .

وقد تكون طبيعة التعامل بين البنك المُصْدِر لخطاب الاعتماد وعميله الذى طلب فتح الاعتماد ناتجة عن تعامل سابق طويل بينهما . كما أن البنك لا يحتاج إلى وضع شرط

صريح فى خطاب الاعتماد يضمن بموجبه أن يكون له حق الرهن العينى على المستندات حتى يسترد قيمة الاعتماد وكافة المصاريف التى ينفقها فى سبيل تنفيذه ، لأن المعتاد أن يتم النص على أن للبنك حق رهن حيازى على كل الوثائق التى تثبت ملكية البضاعة حتى يسترد قيمة الاعتماد أو يسترد قيمة التسهيلات التى يقدمها لعميله (٥) .

وبقبول البنك طلب فتح الاعتماد ينعقد العقد بين العميل والبنك ، وبناء عليه يقوم البنك بإخطار المستفيد ، إذا لم يكن هناك بنك وسيط أو مراسل ليقوم بالمهمة ، أو أن يكون البنك فى هذه الحالة وكيلاً عن المشترى ، ويعتبر العقد فى هذه الحالة عقد وكالة خاصة تتجاوز الوكالة العادية فى قوتها أو هى عقد مصرفى من نوع خاص بين الأطراف (٦) .

أما إذا كان هناك بنك وسيط أو مراسل فى بلد المستفيد ، فإن البنك الفاتح لخطاب الاعتماد يقوم بإرسال خطاب الاعتماد للبنك الوسيط أو المراسل يطلب منه فيه أن يُبْلِغَ المستفيد بخطاب الاعتماد المستندى ، سواء كان هذا البنك فرعًا للبنك الفاتح لخطاب الاعتماد المستندى أو مستقلاً عنه ، ويطلق عليه عندئذ Advising Bank ، حيث يقوم بإصدار خطاب آخر للمستفيد يسمى إخطار بالاعتماد المستندى القطعى Advise of Irrevocable Letter of Credit وقد يُطْلَب من هذا البنك الوسيط دفع أو قبول أو خصم الكمبيالات التى يسحبها البائع ويسمى عندئذ البنك القابل Accepting Bank أو الدافع Paying Bank أو الخاصم Negotiating Bank .

وأحيانًا يُطْلَب من البنك الوسيط أن يعزز الاعتماد المستندى بتأكيده ، أى أن يضيف تأكيداً بالدفع لما تضمنه الاعتماد المستندى ، بعد تنفيذ شروطه ويسمى عندئذ Confirming Bank ، حيث يُصْدِر خطابًا إلى المستفيد يؤكد فيه التزامه بما تضمنه الاعتماد . وهذا الخطاب يتم النص فيه عادة على مسئولية البنك المؤكد أو المعزز ، على أنه ملتزم بما تضمنه خطاب الاعتماد نفس التزام البنك المصدر ، لذلك يسمى الاعتماد المستندى عندئذ الاعتماد المعزز أو المؤكد Confirmed Letter of Credit (٧) .

ومتى تلقى المستفيد إخطاراً بالاعتماد المستندى فإنه يقوم بشحن البضاعة ، وسحب كمبيالة مستندية على البنك بالثمن ، يقدمها للبنك طالبا فيها الدفع بعد إرفاق كافة المستندات المنصوص عليها فى خطاب الاعتماد . والبنك يقوم بدوره بمقارنة

الوصف الموجود فى فاتورة بيع البضاعة مع الوصف الموجود فى خطاب الاعتماد المستندى ، وللبنك أن يرفض الفاتورة ومن ثم رفض دفع الثمن أو الكمبيالة المسحوبة عليه باعتبار أن الفاتورة غير مطابقة ، إذا كان هناك أى اختلاف عن الوصف المنصوص عليه فى خطاب الاعتماد المستندى ، ولا يُعَدّ ذلك خرقًا لالتزامه التعاقدى مع العميل فاتح الاعتماد المستندى ، ويعفى هذا الرفض البنك المصدر لخطاب الاعتماد المستندى من أى مسئولية قانونية (٨) .

هذا ومن خلال النقاش السابق يمكن أن نخلص إلى أن هناك أربع مراحل متتابعة لإصدار أو لفتح خطاب الاعتماد المستندى وهذه المراحل هى كما يلى :

١ - المشترى يفتح الاعتماد عند البنك المصدر له عن طريق طلب يتقدم به موضحا فيه الشروط اللازم التقيد بها واسم المستفيد ومدة الخطاب .

٢ - اتصال البنك الذى قام بفتح الاعتماد المستندى بالبائع أو المستفيد ، سواء مباشرة أو عن طريق بنك وسيط فى بلد المستفيد ، يبلغه بأن هناك اعتماداً مستندياً فُتِح لحسابه فى مقابل أن يقدم المستندات المحددة فيه .

٣ - قيام المستفيد ، سواء كان البائع أو وكيله ، بتقديم أو سحب كمبيالة Draft أو طلبًا بدفع المبلغ مرفقًا به المستندات المنصوص عليها فى خطاب الاعتماد المستندى إلى البنك المراسل أو المؤكد لخطاب الاعتماد .

٤ - قيام البنك الوسيط أو المراسل أو المؤكد لخطاب الاعتماد ، بعد التأكد وفحص المستندات ، بقبول الخطاب أو الكمبيالة أو طلب الدفع ، ودفع المبلغ المنصوص عليه فى خطاب الاعتماد متى تأكد من مطابقة المستندات لنصوص وشروط الاعتماد المستندى .

هذا وفى الحياة العملية نجد أن المشترى لا يطلب ، أو لايهتم بأن يتم وصف البضاعة بدقة فى خطاب الاعتماد ، مما يُعَقِّد عملية المقارنة بين الوصف الموجود فى فاتورة البيع وخطاب الاعتماد من قبل البنك . لذلك لا بد للمحافظة على حق المشترى ، طالب إصدار خطاب الاعتماد ، فى رفض البضاعة ، من أن يكون الوصف فى فاتورة البيع للبضاعة متوافقًا تمامًا مع ماهو منصوص عليه من شروط فى خطاب الاعتماد .

أيضًا لابد ، فى أغلب ، إن لم يكن فى جميع عقود البيع الدولية للبضائع ، من بوليصة شحن وفقا لنوع عقد الشحن ، كما هو الحال فى عقد الشحن سيف C.I.F.

الذى بموجبه يتم عادة إصدار بوليصة شحن . هذه البوليصة تُثْبِت للمشترى أن البضاعة تم وضعها على السفينة المتجهة إلى المكان الذى حدده المشترى للتسليم وفقا لما هو منصوص عليه فى العقد وفى الاعتماد المستندى . وتتضمن هذه البوليصة تاريخ الشحن واسم السفينة الموضوع البضاعة عليها وما إذا كان مسموحا للشاحن أن ينقل البضاعة إلى سفينة أخرى فى الطريق أو أن العقد وشروط خطاب الاعتماد تشترط أن يكون الشحن مباشرة من ميناء الشحن إلى ميناء التفريغ دون تحويل أو نقل للبضاعة إلى سفينة أخرى ، و هو ما يسمى ببوليصة الشحن النظيفة Clean Bill of Lading . (٩)

وبوليصة الشحن هذه ، مع فاتورة البيع وغيرها من المستندات التى سوف نتعرض لها لاحقًا ، يتم تقديمها إلى البنك الوسيط أو البنك المصدر لخطاب الاعتماد ، إن لم يكن هناك بنك وسيط ، الذى بدوره يقوم بفحص المستندات وفقا لمعيار عالمى متفق عليه دوليا ، فإذا وجدها مطابقة يقوم بدفع المبلغ المنصوص عليه فى خطاب الاعتماد وتسلم المستندات ، أو الكمبيالة المسحوبة عليه إذا كان ذلك متفقًا عليه فى خطاب الاعتماد المستندى (١٠) . أى أن يدفع المبلغ المنصوص عليه فى خطاب الاعتماد المستندى إلى المستفيد أو يقبل الكمبيالة أو يخصمها بحسب المنصوص عليه فى خطاب الاعتماد المستندى . بعد ذلك يقوم البنك إن كان بنكًا وسيطًا بالاتصال بالبنك المُصْدِر أو يقوم البنك المصدر ذاته ، إن لم يكن هناك بنكًا وسيطًا ، بالاتصال مباشرة بالمشترى فاتح الاعتماد المستندى لإبلاغه بأن المستندات قد وصلت ، وأن البنك سوف يقوم بتسليمها له مقابل قيام العميل فاتح الاعتماد المستندى بتسديد قيمة الاعتماد ، إن لم يكن قد فعل ، وهذا يكون نادر الحدوث ، لأن أغلب التجار يتعامل مع بنك فيه رصيد له ، أو حاصل منه على تسهيلات مالية معينة ، أو أن يدفع تأمينًا بقيمة الاعتماد إن لم يكن كذلك . ويقوم البنك عادة باسترداد عمولته وكافة التكاليف المترتبة على تنفيذ الاعتماد المستندى إن وجدت وكان من مسئولية فاتح الاعتماد دفعها .

وبعد أن يتم تسليم المستندات إلى المشترى أو فاتح الاعتماد المستندى يقوم بدوره بتسلُّم البضاعة من ناقلها إذا وصلت سليمة أو من شركة التأمين إذا حدث لها مكروه ، حيث يعتبر التأمين إلزامياً فى عقود النقل الدولى للبضائع ، سواء كان التأمين ضد المخاطر البحرية أو أى مخاطر أخرى حسب وسيلة النقل المتبعة .

الهوامش

(١) Lasar Sarna, op. cit., p. 65.

(٢) Ibid., p. 70.

(٣) W. L. O'Hare, op. cit., p. 29.

- د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص ص (٢٢-٢٣) .

(٤) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص ص (٦٩-٧٥) ؛ ود. جمال الدين عوض : الاعتمادات المستندية ، مرجع سابق ، ص ص (٦٧-٦٨) .

- W. L. O'Hare, Ibid., p. 27.

(٥) Lasar Sarna, op. cit., p. 70-73.

(٦) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص (٢٢) .

(٧) Clive M. Schmitthoff : Confirmation in Export Transaction, 1957, Journal of Business Law, p. 17.

- G.A.Penn, A.M.Shea and A.Arora, op. cit., p. 305.

- W. L. O'Hare, op. cit., p. 30.

(٨) Guy W. Lewin Smith : Irrevocable Letter of Credit and Third Party Fraud : The American Accord, Vol. 24, Virginia Journal of International Law, p. 61-71, (1983).

- Kerry L. Macintosh : Letter of Credit " Dishonor When a Required Document Fails to Conform to the Section 7-507 (b) Warranty, Vol. 6, Journal of Law and Commerce, p. 1-22, (1986).

- G. W. Bartholomew : Relation Between Banker and Seller Under Irrevocable Letters of Credit, Vol. 5 McGILL Law Journal, p. 89-107, (1959).

- Stephen J. Leacock : Fraud in The International Transaction: Enjoining Paument of Letters of Credit in International Transactions, Vol. 17, Vanderbilt Journal of Transnational Law, p. 885-924, at 897, (1984).

(٩) Stephen J. Leacock, op. cit., p. 888.

(١٠) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp مادة (١٣) ، والمعيار المحدد لفحص المستندات تنص المادة (١٣) من الأصول والأعراف الدولية الموحدة وفقًا لآخر تعديل لها رقم (٥٠٠) لعام ١٩٩٣م ، وهذا المعيار كما نصت عليه المادة هو كما يلي :

أ - يجب على المصارف أن تفحص جميع المستندات المنصوص عليها في الاعتماد بعناية معقولة للتأكد مما إذا كانت تبدو في ظاهرها مطابقة لشروط الاعتماد أم لا . إن مطابقة المستندات

المنصوص عليها كما تبدو فى ظاهرها مع شروط الاعتماد يجب تحديدها بمعيار الأصول المصرفية الدولية كما ترد فى هذه المواد . إن المستندات التى تبدو فى ظاهرها غير متوافقة مع بعضها البعض تعتبر فى ظاهرها غير مطابقة لشروط الاعتماد . إن المصارف لن تفحص المستندات غير المنصوص عليها فى الاعتماد ، وإذا تسلمت المصارف مثل هذه المستندات فعليها أن تعيدها إلى مقدمها أو تمررها دون أن تتحمل أى مسؤولية .

ب - يكون لدى كل من المصرف مصدر الاعتماد أو المصرف المعزز (إن وجد) أو المصرف المسمى الذى يتصرف بالنيابة عنهما وقت معقول لا يتجاوز سبعة أيام عمل مصرفى تلى يوم تسلم المستندات لفحصها ولاتخاذ قرار بشأن قبولها أو رفضها وتبليغ الجهة التى تسلم منها المستندات بقراره .

جـ - إذا تضمن الاعتماد شروطًا من غير أن يبين المستند / المستندات الواجب تقديمها وفقًا لهذه الشروط ، سوف تعتبر المصارف كأنه لم يتم ذكر هذه الشروط وتغفلها » .

الفصل الخامس
المستندات المطلوبة لتنفيذ الاعتماد المستندى

تساعد المستندات الدالة على تنفيذ التزام أى طرف من أطراف العقد التجارى الدولى على تبسيط العملية التعاقدية فى هذا المجال وزيادة الأمان والثقة فى التجارة الدولية بين أطراف التعاقد . والمستندات المتعارف عليها فى التجارة الدولية تتضمن التعبير عن تنفيذ العقد التجارى الدولى متى كانت متوافقة مع الشروط التى سبق الاتفاق عليها بين الأطراف .

والاعتماد سمى اعتماداً مستندياً نظراً لأن تسليم البضاعة ودفع المبلغ المنصوص عليه فى الاعتماد كثمن لهذه البضاعة ، يتطلب تسليم مستندات معينة ، تم النص عليها فى الاعتماد ذاته . وبما أن الأطراف فى عقد فتح الاعتماد المستندى يتعاملون مع المستندات وليس مع البضاعة المثبتة فى هذه المستندات ، فيجب النص على كافة التفاصيل التى تثبت وتنهى أى اختلاف بين الأطراف [١] .

والمستندات تعتبر جوهر الاعتماد المستندى ، لأن البنك المُصْدِر للاعتماد أو البنك الوسيط التى أوكلت إليه مهمة إبلاغ المستفيد بالاعتماد لن يدفع المبلغ المنصوص عليه فى الاعتماد إلى المستفيد ما لم يتسلم المستندات المنصوص عليها فيه ، ويفحصها بدقة للتثبت من توافق وتوافر الشروط المطلوبة فى الاعتماد .

والمستندات تؤدى وظيفة مزدوجة فهى من ناحية أداة إثبات تثبت تنفيذ المستفيد لشروط الاعتماد ، ومن ناحية أخرى تعطى البنك المصدر للاعتماد حقاً قانونياً فى رهن هذه الوثائق حتى استعادة مبلغ الاعتماد وكافة التكاليف التي تحملها لحساب طالب فتح الاعتماد [٢] وعليه فالالتزام الرئيسى للمستفيد فى خطاب الاعتماد هو تسليم المستندات الأصلية المطلوبة والتى تثبت تنفيذه لالتزامه التعاقدى وفقاً لنصوص خطاب الاعتماد المستندى . وعلى ذلك ، فالعميل بالتعاون مع البنك مصدر خطاب الاعتماد المستندى ، لابد وأن يبذل الجهد ويعطى الوقت الكافى للتركيز فى صياغة نصوص خطاب الاعتماد المستندى ، خاصة فيما يتعلق بالنص على المستندات المطلوبة التى

تثبت بما لا يدعو مجالاً للشك عند إبرازها من قبل المستفيد تنفيذه لإلتزامه . كذلك عند إقدام المستفيد للحصول على المبلغ المنصوص عليه فى خطاب الاعتماد المستندى لابد وأن يقدم ما هو مطلوب منه تقديمه ومنصوص عليه فى خطاب الاعتماد المستندى . لهذا فالبنك المصدر لخطاب الاعتماد المستندى قد ينصح عميله بتحديد متطلبات الاعتماد المستندى بدقة وحصرها فى تلك المستندات الضرورية لتنفيذ العقد التجارى الدولى (٣) .

كما أن الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الدولية توصى البنك المصدر لخطاب الاعتماد المستندى بأن يقوم بنصح العميل وإقناعه بعدم طلب إضافة الكثير من التفاصيل فى الاعتماد المستندى غير ما هو ضرورى فقط لتنفيذ العقد ، والمستندات الضرورية المطلوبة لتنفيذ العقد التجارى الدولى هى تلك التى تثبت شحن وتسليم البضاعة كما تم النص عليها فى خطاب الاعتماد ذاته (٤) .

والبنك المصدر لخطاب الاعتماد المستندى عند تقديم النصيحة لعميله لا يستطيع أن يتجاهل تلك المستندات الضرورية فى التجارة الدولية ، والتى هى فاتورة البيع أو الفاتورة التجارية متضمنة وصفًا كاملاً للبضاعة أو الخدمة المقدمة ، وبوليصة التأمين ، وبوليصة الشحن ، و شهادة الفحص لمطابقة البضاعة مع ما هو منصوص عليه فى فاتورة البيع ، وبوليصة الشحن ، ووثيقة الفسح الضريبى ، والجمركى إلى غير ذلك من المستندات التى قد تتطلبها طبيعة العقد التجارى الدولى محل الاعتماد المستندى فى كثير من الحالات (٥) .

المبحث الأول
الفاتورة التجارية

تعتبر الفاتورة التجارية أو فاتورة البيع Commercial Invoice هى المستند الرئيسى فى أى عقد تجارى دولى ومقابلها هو أمر الشراء Purchase Order . والفاتورة التجارية يقوم بتحريرها المستفيد من خطاب الاعتماد (٦) ويجب على البائع أن يوضح فيها تفصيلا كل ما يتعلق بالبضاعة كوصفها وصفا كافيا وبيان كميتها

ونوعيتها وعددها وثمنها ، كما هو مطلوب ومنصوص عليه فى خطاب الاعتماد المستندى وليس هناك إلزام بأن تكون موقعة (٧) .

وتتضمن فاتورة البيع العديد من التفاصيل التى أصبح بعضها جزءًا متعارفًا عليه فى التجارة الدولية من خلال الجهود التى تبذلها غرفة التجارة الدولية بباريس I.C.C ، وعندما يتم النص فى العقد التجارى الدولى بين الأطراف على أن نصوص العقد محكومة بنصوص وشروط الأعراف التجارية الموحدة Incoterms ، فإن النصوص التجارية الموجودة فى فاتورة البيع وخطاب الاعتماد المستندى سوف تفسر بما يتوافق مع الأعراف التجارية الموحدة هذه ، كما هو الحال فى آخر نشرة من هذه الأعراف والقواعد (٨) .

والفاتورة التجارية أو فاتورة البيع تشمل العديد من المعلومات التى تتعلق بعقد البيع بين المشترى والبائع على الرغم من أن بعض هذه المعلومات والتفاصيل لاتهم البنك المصدر لخطاب الاعتماد المستندى (٩) . لأن ما يهم البنك المصدر لخطاب الاعتماد المستندى هو أن تصدر الفاتورة التجارية أو فاتورة البيع باسم المشترى فاتح الاعتماد المستندى ما لم يتم النص على خلاف ذلك فى خطاب الاعتماد المستندى ذاته (١٠) . ويشترط أن تكون فاتورة البيع محررة من البائع المستفيد لمصلحة المشترى فاتح الاعتماد ، ولا يشترط أن تكون موقعة منه ولكن لابد وأن تكون محتوية على كافة البيانات اللازمة والضرورية (١١) .

ويجب أن تصدر فاتورة البيع بنفس المبلغ المنصوص عليه فى خطاب الاعتماد المستندى ما لم يتم النص على غير ذلك فى خطاب الاعتماد ذاته ، وإلا فللبنك المصدر لخطاب الاعتماد الحق فى رفض أى فاتورة تقدم إليه بمبلغ يزيد على المبلغ المسموح به والمنصوص عليه فى خطاب الاعتماد المستندى (١٢) .

كما يجب أن تنص الفاتورة التجارية على الأساس الذى حسبت القيمة على أساسه أو حسبت به القيمة المطلوبة للبضاعة وما إذا كانت محسوبة على أساس قيمة البضاعة على ظهر الناقلة فقط دون حساب تكلفة الشحن (١٣) ، وهو ما يعرف بعقد الشحن فوب .F.O.B (١٤) ، أو أن تكون القيمة قد حسبت بحيث تشمل قيمة البضاعة والتأمين

عليها وأجرة شحنها وهو ما يعرف بعقد الشحن سيف C.I.F [١٥] ، وفق ما هو متعارف عليه من معنى لها فى آخر نشرة صادرة من غرفة التجارة الدولية .

والبنك المصدر لخطاب الاعتماد والمتلقى للفاتورة التجارية لابد له ، قبل دفع قيمة الاعتماد للمستفيد ، من فحص المعلومات المدونة فى الفاتورة التجارية المقدمة له ، ومقارنتها بما هو منصوص عليه فى خطاب الاعتماد المستندى وغيرها من البيانات المتعلقة بالمستندات الأخرى المطلوبة [١٦] .

و يعتبر البنك غير مسئول قانونًا عن صحة المعلومات المدونة فى هذه المستندات مادامت تتوافق مع ما هو منصوص عليه فى خطاب الاعتماد المستندى [١٧] . كما أنه يعتبر غير مسئول قانونًا عن عواقب التأخر فى إرسال المستندات أو نظافتها Mutilation أو الأخطاء فى ترجمة نصوصها الفنية المضمنة فيها [١٨] .

والبنك أيضًا ، وفقًا للقواعد العامة ، غير مسئول عن أى عواقب ناشئة عن الظروف الطارئة أو القوة القاهرة Force Majour أو أى سبب آخر خارج عن سلطته أو تحت سيطرته وتحكمه . كما أنه - و ما لم يسمح له بذلك فى خطاب الاعتماد المستندى - ليس عليه أى التزام بعد انتهاء مدة الخطاب نتيجة لهذه الظروف ، أو الأسباب الطارئة أو الخارجة عن سيطرته بدفع قيمة الاعتماد المستندى ، بعد استئناف عمله ، التى انتهت مدته أثناء حدوث تلك الحوادث [١٩] .

المبحث الثانى
سند الشحن

فى عقود التجارة الدولية الخاصة بالاستيراد والتصدير عادة ما يتم إصدار بوليصة شحن لنقل البضاعة إلى مستوردها . وهذه البوليصة تختلف باختلاف وسيلة النقل ، ولكنها ارتبطت بوسائل النقل البحرى أكثر من أى وسيلة أخرى ، حيث بدأت معها وتطورت بتطور وسائل النقل الحديثة .

وقد بدأت بوليصة أو سند الشحن فى الظهور منذ القرن الثانى عشر ، وشاع

استعمالها فى القرن السادس عشر فى أوروبا ، كما أنها بدأت بسيطة عبارة عن إيصال من الناقل يفيد ويثبت عملية شحن البضاعة على ظهر السفينة التى يملكها .

وفى القرن السابع عشر ظهرت فكرة تمثيل سند أو بوليصة الشحن للبضائع وإجازة المحاكم لذلك ، ومن ثم اتجهت التشريعات لتقنين استعمالها وإجازة عملية تظهيرها وتداولها حتى أصبحت تمثل عقد النقل بين الناقل والشاحن للبضاعة وما يستتبع ذلك من اعتباره أداة لإثبات استلام البضاعة وحيازتها (٢٠) .

ويمكن تعريف بوليصة الشحن بأنها «سند يصدره الناقل إلى الشاحن يعترف فيه بأن البضاعة قد سلمت له لنقلها» (٢١) . وهناك من يُعَرِّفُه بأنه «المحرر الذى يوقعه ربان السفينة [يشهد فيه] أنه تسلم البضاعة لنقلها ويخول حامله حق تسلم البضاعة المعينة فيه عند الوصول» (٢٢) .

وبما أن بوليصة الشحن تمثل الأداة القانونية التى تثبت حيازة البضاعة وتقوم بدور إئتمانى مهم ، فهى تعتبر من المستندات المهمة جدا التى يهتم البنك المصدر لخطاب الاعتماد بها ، لما لها من دور فى الحفاظ على حقوقه أمام الأطراف ، سواء فاتح خطاب الاعتماد أو المستفيد ، إضافة إلى ذلك تُعدُّ بوليصة الشحن بمثابة الأداة التى تعطى البنك حق الرهن الحيازى على البضاعة من خلال حيازتها . وهذا هو المقرر والمتعارف عليه فى الوقت الحاضر وفقا لما هو مقرر فى " قواعد لاهاى " مؤتمر بروكسل لعام ١٩٢٤م Hague Rules (٢٣) ، فالناقل البحرى للبضائع ، وفقًا لهذه القواعد ، لابد وأن يصدر إلى الشاحن بعد تسلُّمه البضاعة فى حوزته بوليصة شحن موضحًا فيها ، بالإضافة إلى أشياء أخرى مثل العلامة المميزة للبضاعة ، عدد الحزم Packages Number ، كمية أو وزن البضاعة أو الشحنة ، والحالة الظاهرية التى عليها البضاعة بالإضافة إلى وصف البضاعة وصفًا كاملاً (٢٤) ، وبذلك تعتبر بوليصة الشحن وفقًا لهذه القواعد وسيلة إثبات بِتَسلُّم الناقل للبضاعة كما تم وصفها فيها (٢٥) .

وبوليصة الشحن هذه تصدر عادة من عدة صور كربونية ، وتكون أحيانًا بسيطة وتسمى "On Board Bill of lading" ، وهى التى تصدرها عادة شركة النقل

البحرى التى تشحن البضاعة فى سفنها مبينًا فيها اسم السفينة واتجاهها وتاريخ الشحن . وتوقع هذه البوليصة من قبل ربان السفينة للتأكيد بأن البضاعة قد تم شحنها على ظهر سفينته بتاريخ معين (٢٦) .

أما دراستنا لبوليصة الشحن فى هذا الباب فسوف تركز على أهمية بوليصة الشحن باعتبارها مستنداً مهمًا للإثبات وأهمية هذا المستند بالنسبة للبنك المصدر للاعتماد المستندى باعتباره أداة تمثل الائتمان على البضاعة . فالبنك قبل قيامه بدفع المبلغ المنصوص عليه فى الاعتماد المستندى ، والذى هو ثمن البضاعة ، لابد وأن يفحص هذا المستند المهم ويقوم بمطابقته بما هو مطلوب من المستفيد من شروط فى الاعتماد المستندى ، بالإضافة إلى التأكد من أنه صادر وفقًا للقواعد المعمول بها فى هذا الشأن .

وعليه فلا بد لنا هنا أن نبين قواعد وأصول الفحص والإجراءات الأخرى التى يجب التقيد بها قبل اعتبار بوليصة الشحن مستنداً سليماً مطابقًا للمواصفات المطلوبة التى عند توافرها جميعًا يجب على البنك المصدر لخطاب الاعتماد المستندى دفع المبلغ المنصوص عليه فى خطاب الاعتماد المستندى الذى تم فتحه من قبل المشترى وتعهد بدفعه للبائع وهى كما يلى :

أولا : التأكد من أن بوليصة الشحن أو المستند المقدم هو نفس بوليصة الشحن أو المستند المطلوب والمنصوص عليه فى خطاب الاعتماد المستندى ، ويتطابق معه فى مواصفاته وأغراضه (٢٧) ، و عدد النسخ الواجب تقديمها (٢٨) ، وقابليته للتداول (٢٩) .
فإذا قدم المستفيد سنداً صادراً لأجل الشحن من قبل الناقل للبضاعة لدى استلامه لها بقصد شحنها وقبل حصول الشحن وكان المطلوب فى خطاب الاعتماد المستندى بوليصة شحن فلا يعتد بهذا السند لأنه لا ينص صراحة على واقعة شحن البضاعة أو ذكر اسم السفينة التى سوف تشحن عليها أو التاريخ والمكان الذى سوف تتجه إليه ما لم يتم التأشير على هذا السند من قبل الناقل أو وكيله بحصول واقعة الشحن واسم السفينة وتاريخه والجهة التى سوف تتجه إليها السفينة ،لأنه عندئذ يمكن للبنك فى هذه الحالة قبوله بعد أن يكون قد استوفى الشكل المطلوب .

فسند الشحن المقدم من الناقل أو الشاحن لابد وأن يُبَيِّن فيه اسم السفينة المشحونة البضاعة عليها وتاريخ الشحن موقعًا عليه من ربان السفينة ما لم يكن

التعامل قد استقر على غير ذلك ، أو يكون الاعتماد المستندى قد نص تحديداً على نوع المستند أو اكتشف البنك أن السند المقدم يتعارض مع شرط آخر فى الاعتماد [٣٠] .

وبناء على ذلك من حق البنك أن يرفض ما يسمى بأمر التسليم Delivery Order أو أمر الإفراج Ship's Release كبديل عن سند الشحن المنصوص عليه فى خطاب الاعتماد المستندى ، ما لم يكن أمر التسليم موقعًا من ربان السفينة أو أحد ممثلى المُصَدِّر لما يخوله ذلك من حيازة البضائع ، وغير ذلك من الحقوق والدعاوى شأنه فى ذلك شأن سند الشحن قبل الناقل [٣١] . ومع كل هذه المتطلبات هناك سندات شحن مقبولة وفقًا لما تنص عليه الأصول والأعراف الموحدة التى تقضى بأنه ما لم يرد فى الاعتماد المستندى شرط آخر فالبنك المصدر للاعتماد المستندى سوف لن يرفض المستندات التى تحمل عنوانًا مثل :

١ - بوليصة الشحن متعدد المراحل ، أو سند نقل متعدد المراحل ، أو بوليصة شحن لنقل متعدد المراحل أو بوليصة شحن من ميناء إلى ميناء أو عنوان أو عناوين مركبة لها أو تحوى هذا المعنى أو القصد [٣٢] .

٢ - المستندات التى تبين أن البضاعة قد حُمِّلت أو شُحِنت على متن سفينة معينة باسمها ، ومن ثم يعتبر تاريخ إصدار البوليصة هو تاريخ التحميل أو الشحن [٣٣] .

٣ - المستندات التى تبين صراحة ميناء التحميل أو ميناء التفريغ المنصوص عليها فى الاعتماد [٣٤] .

٤ - عندما يتضمن سند الشحن جميع شروط النقل أو بعض هذه الشروط بالإحالة إلى مرجع أو مستند آخر غير بوليصة الشحن [٣٥] .

٥ - عندما يتعلق المستند أو سند الشحن بشحنات؛ مثل تلك الموضوعة فى (كونتينرات) أو حاويات أو مقطورات أو حاملة/ حاملات صنادل كما هو مثبت فى بوليصة الشحن ، شريطة أن تغطى بوليصة شحن واحدة بذاتها عملية النقل البحرى بأكملها [٣٦] .

٦ - عندما تتضمن بوليصة الشحن عبارات تنص على أن الناقل يحتفظ لنفسه بالحق فى تغيير واسطة النقل [٣٧] .

ثانيًا : أن تكون بوليصة الشحن ، أو سند الشحن من النوع المعتاد فى التجارة التى فتح الاعتماد بخصوصها ، وهذا يعنى احترام القانون المطبق فى بلد ميناء الشحن (٣٨) .

ثالثًا : أن يكون سند الشحن أو بوليصة الشحن محررة من عدد من النسخ المطلوبة وفقًا لما جرى عليه التعامل فى النقل التجارى الدولى للبضائع أو وفقًا لما يحدده التشريع أو القانون المحلى أو وفقًا لما هو محدد فى خطاب الاعتماد المستندى (٣٩) .

هذا وإذا لم ينص الاعتماد على منع ذلك ، فإن البنوك تقبل مستندات النقل التى تبدو وكأنها مستخرجة بنظم النسخ الأوتوماتيكية أو عن طريق الحاسب الآلى والنسخ الكربونية شريطة أن يكون مؤشرًا عليها بأنها أصلية . وعند الاقتضاء تبدو وكأنها موقعة . ولا يمنع أن يكون التوقيع بخط اليد أو بأى طريقة أخرى من وسائل التوثيق المتعارف عليها (٤٠) .

وقد نصت لائحة عقود البيع التجارية الدولية الجديدة لعام ١٩٩٠م Incoterms تمشيًا مع ثورة المعلومات الحديثة على جواز الاستعاضة عن مستندات الشحن بما يسمى بالرسائل الإلكترونية Electronic Messages وتعرف اختصارًا بـ EDI وذلك اختصارًا لعبارة Electronic Data Interchange حيث أصبحت هذه الوسيلة شائعة الاستخدام عالميًا مما حدا بأن تسمح لائحة العقود التجارية الدولية الجديدة لعام ١٩٩٠م بجواز استخدامها عوضًا عن مستندات الشحن التقليدية شريطة موافقة أو إجازة البائع والمشترى التعامل فيما بينهم بهذه الوسائل . ولكن مع الحذر لرجال الأعمال من عدم استقرار التعامل دوليًا بهذه الوسائل وتحاشى الوقوع فى الاحتيال من قبل المصدرين الأجانب (٤١) .

رابعًا : صياغة السند من حيث قابليته للتحويل من عدمه بحيث يكون مطابقًا لما تم النص عليه فى خطاب الاعتماد . فإذا لم يكن هناك شرط محدد فى الاعتماد المستندى من قبل العميل فإن السند أو بوليصة الشحن عادة ما تكون قابلة للتحويل ، أى تحت الإذن لحامله (٤٢) .

خامسًا – إذا لم ينص الاعتماد على خلاف ذلك تقبل البنوك المستندات التالية :

أ) المستندات التى لا تبين أن البضاعة محمّلة أو سوف تُحَمّلْ على سطح السفينة فى حالة النقل البحرى أو النقل بواسطة أكثر من وسيلة نقل أو تحْويل واحدة من بينها النقل البحرى ، ومع ذلك تقبل البنوك أى مستند نقل يتضمن شرطًا بأن البضاعة يمكن أن تُحَمَّل على السطح ، شريطة ألا ينص هذا الشرط بالتحديد على أن البضاعة مُحمّلة أو سوف تُحمّل على السطح .

ب) المستند الذى يحمل على وجهه عبارة مثل «التحميل والعد بمعرفة الشاحن» ، أو «تحتوى حسب قول الشاحن Said by Shipper to Contain» ، أو أى عبارة أخرى تفيد ذات المعنى .

جـ) المستند الذى يبين أن مرسل البضاعة هو طرف آخر غير المستفيد فى الاعتماد [٤٣] .

سادسًا : التأكد من أن سند الشحن سند نظيف Clean Transport Documents أو Clean Bill of Lading [٤٤] . وقد تعرضت الأصول والأعراف الموحدة فى إصدارها الجديد (٥٠٠) لمعنى نظافة السند حيث نصت المادة (٣٢) منها على ما يلى :

«أ – مستند النقل النظيف هو ذلك الذى يخلو من أى عبارة أو ملاحظة تعلن صراحة عن وجود عيب فى حالة البضاعة و/ أو فى التعبئة Packaging» [٤٥] .

«ب – وعليه فلن تقبل البنوك (المستندات) التى يتم تذييلها أو وضع ملاحظات عليها بهذا المعنى إلا فى حالة ما إذا سمح الاعتماد المستندى بذلك صراحة وبالنص على الملاحظات التى يمكن قبولها فى مثل هذه الحالات» [٤٦] .

والسند النظيف هو السند التى لا يوجد به أى تحفظات تتعلق بحالة البضاعة الظاهرية وتغليفها [٤٧] . وهذا يتطلب من الناقل للبضاعة قبل إصدار سند الشحن فحص البضاعة فى حالتها الظاهرية وطريقة تغليفها ، فإذا لاحظ بها عيبًا وجب عليه أن ينص عليه صراحة فى سند الشحن . وعادة تتم كتابة الملاحظات على البضاعة بخط اليد وليس طباعة لأنها تعتبر إضافة إلى البيانات فى السند على النموذج المعد من قبل الناقل للبضاعة بما يفيد عن حالة البضاعة .

والبنك عند فحصه لبسند النقل هذا يجب عليه التقيد بما نص عليه الاعتماد فإذا لم يسمح خطاب الاعتماد بمثل هذه التحفظات فلا يمكن للبنك أن يدفع للمستفيد المبلغ المنصوص عليه فى خطاب الاعتماد ، لأن الناقل يعتبر مسؤولا عن تسليم البضاعة بأوصافها المدرجة بسند النقل ، حيث يفترض أنه تسلمها سليمة خالية من العيوب عند عدم تحفظه فى سند النقل ومن ثم فللمشترى حق رفضها وعدم دفع قيمتها .

سابعًا : تختلف عقود التجارة الدولية التى تتعلق بشراء ونقل البضائع بين عقود يكون المبلغ فيها شاملا للأجرة والتأمين وقيمة البضاعة ، وهو ما يسمى بالعقد «سيف» C.I.F. ، وعقود يكون المبلغ فيها شاملاً للقيمة الإجمالية للبضاعة وأجرة التحميل على ظهر السفينة أو الناقلة للبضاعة وهو ما يسمى بـ «فوب» F.O.B. أو عقود تكون فقط شاملة لقيمة البضاعة وأجرة التوصيل إلى مكان التحميل وهى تسمى «فاس» Free Along Side (F.A.S.) ، لذلك يجب على البنك التقيد عند دفع الاعتماد بفحص المستندات والالتزام تماماً بما نص عليه الاعتماد .

وقد يحصل أن يكون هناك نص فى الاعتماد على أن العقد شاملٌ للأجرة أو ما يسمى بالعقد " سيف" ، بعكس ما هو منصوص عليه فى مستند النقل كأن يكون منصوصاً فيه على أن الأجرة يتم تحصيلها عند وصول البضاعة ، لأن البائع قد خصم أجرة الشحن من الفاتورة المقدمة مع المستندات للبنك . مثل هذه الحالة تمت معالجتها فى النسخة الجديدة من الأصول والأعراف الموحدة فى تعديلها الأخير رقم (٥٠٠) حيث تعتبر ظاهرة تتكرر كثيراً ، لذلك نصت المادة (٣٣) على ما يلى :

(أ) مالم ينص الاعتماد على خلاف ذلك ومالم تكن مستندات النقل غير متوافقة مع أى من المستندات المقدمة بموجب الاعتماد ، تقبل المصارف مستندات النقل التى تبين أنه لايزال من الواجب دفع أجور الشحن أو مصاريف النقل (التى يشار إليها فيما بعد بأجور الشحن) .

(ب) إذا نص الاعتماد على أن يبين مستند النقل أن أجور الشحن قد تم دفعها أو دفعت مقدماً ، تقبل المصارف مستند النقل الذى تظهر عليه عبارات تبين بوضوح بختم أو بغيره ، أن أجور الشحن قد تم دفعها أو دفعت مقدماً ، أو الذى يبين الدفع أو الدفع المقدم لأجور الشحن بوسائل أخرى . [هذا أو] إذا

نص الاعتماد على أن تكون أجور الناقل الخاص دفعت أو دفعت مقدمًا تقبل المصارف مستند النقل الصادر عن الناقل الخاص أو خدمة التسليم السريعة ، الذى يثبت أن أجور الناقل الخاص هى على حساب طرف آخر غير الطرف المرسل إليه» .

ولكن هناك من يرى أن ذلك "يقتصر تطبيقه على حالة دفع قيمة المستندات فوراً ، أى لقاء تقديم كمبيالة بالاطلاع Sight Draft مصحوبة بالمستندات ، أما فى حالة تأجيل دفع قيمة المستندات إلى وقت لاحق بتقديم كمبيالة للقبول Time Draft فمن واجب البنك أن يرفض السند الذى ينص على أن أجرة النقل ستدفع عند الوصول Fright Collect [٤٨] .

(ج) لن تقبل عبارة «أجور الشحن تدفع مقدمًا Fright Prepayable أو يجب أن تدفع أجور الشحن مقدمًا» Fright to be Prepaid أو أى عبارة مماثلة بهذا المعنى ، إذا ظهرت على مستندات النقل على أساس أنها تشكل إثباتًا لدفع أجور الشحن .

(د) تقبل المصارف مستندات النقل التى تحمل إشارة بالختم أو بغيره إلى تكاليف إضافية لأجور الشحن ، مثل : التكاليف والنفقات المتعلقة بالتحميل والتفريغ وعمليات مشابهة مالم تحظر شروط الاعتماد بالتحديد مثل هذه الإشارة .

ثامنًا : التأكد من أن سند النقل يغطى الرحلة بأكملها لأنه مالم ينص الاعتماد المستندى على غير ذلك فإنه يجوز تغيير السفينة الناقلة فى الطريق . لهذا فسند الشحن لابد وأن يغطى كامل الرحلة من ميناء التحميل إلى ميناء التفريغ فى بوليصة شحن واحدة [٤٩] .

ومستند الشحن الذى ينص على جواز نقل البضاعة من سفينة أو ناقلة إلى أخرى أثناء الطريق ، وهو ما يسمى بـ Trans-shipment [٥٠] ، يجب أن يغطى السند ، فى هذه الحالة ، الرحلة بكاملها The Entire Voyage ، وهذا يعنى أن يغطى النقل بكافة السفن الناقلة للشحنة أو أية واسطة نقل أخرى حتى ميناء أو محطة الوصول [٥١] .

وهناك حالات أخرى يقبل البنك فيها بوليصة الشحن ، أو مستند النقل العادى ،

التى تشير ، أو يشير ، إلى تغيير واسطة النقل حتى ولو منع الاعتماد المستندى ذلك . كما نصت عليه الأصول والأعراف الموحدة فى الحالات التى :

«(١) تبين أن تغير واسطة النقل Trans-shipment سيتم ما دامت الحمولة مشحونة فى حاوية / حاويات» Container (s) أو مقطورة / مقطورات "Trailer (s) و/ أو حاملة/حاملات صنادل Lash Barge (s) كما هو مثبت فى بوليصة الشحن ، شريطة أن تغطى بوليصة شحن واحدة بذاتها عملية النقل البحرى بأكملها ، و/ أو .

(٢) تتضمن عبارات تنص على أن الناقل يحتفظ لنفسه بالحق فى تغيير واسطة النقل [٥٢] .

هذا وقد يعتبر فى بعض البلدان البحرية أن تغيير الطريق الذى تسير فيه السفينة الناقلة Deviation أو تغيير السفينة ذاتها Trans-shipment شىء معتاد فى التجارة ، نظرًا لتَضَمُّن غالبية سندات الشحن شرطًا مطبوعًا يجيز مثل ذلك وعادة يكون مثل هذا فى حالة ما إذا لم ينص الاعتماد على عدم الجواز ، أما إذا نص خطاب الاعتماد على عدم جواز ذلك ، فإن الشحن يعتبر معيبًا وللبنك الحق فى رفضه [٥٣] .

أما فى حالة بوليصة أو سند الشحن البحرى غير القابلة للتداول Non-Negotiable Sea Way Bill فإنه إذا منع الاعتماد المستندى تغيير واسطة النقل Trans-Shipment فعلى البنك الالتزام بما ينص عليه الاعتماد ، فإذا تطلب الاعتماد بوليصة شحن بحرى غير قابلة للتداول شاملة للنقل من الميناء إلى الميناء ونص فيه على منع تغيير واسطة النقل ، لا بد من الامتثال لذلك وعلى البنك الامتناع عن الدفع [٥٤] .

ويستثنى من ذلك ما تنص عليه المادة (٢٤) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الدولية فى الفقرة (د) منها والتى سبق الإشارة إليها أعلاه .

المبحث الثالث
مستندات التأمين على البضاعة

لا نزاع فى أن التأمين فى الوقت الحاضر يعتبر من ضرورات التبادل التجارى الدولى. ويكتسب التأمين فى العقود التجارية الدولية أهمية كبرى نظراً لما يكتنف هذه التجارة من مخاطر ، خاصة فى عقود البيع الدولى للبضائع أو الاستيراد والتصدير . فكما سبق وأن بينا أن بوليصة الشحن أو سند الشحن يثبت تنفيذ البائع لالتزامه التعاقدى بشحن البضاعة وفق ماتم الاتفاق عليه مع المشترى فى عقد البيع بالإضافة إلى أنها تكون وسيلة تُخول حاملها حق بيع البضاعة أو رهنها أو تحويلها أو غير ذلك من التصرفات القانونية أثناء رحلة الشحن ، فإن وثيقة التأمين تؤكد للمشترى أنه لن يتعرض لمخاطر الرحلة البحرية وحده ويخسر كل ما يملكه ، نظراً لخطورة الشحن وما ينتج عن حوادث النقل من خسائر فادحة سواء كانت حوادث بحرية كالاصطدام أو الغرق أو الاحتراق أو حوادث السرقة أو غيرها من المخاطر التى قد يعجز المشترى عن تحملها بل قد تؤدى إلى إفلاسه وتدميره .

من هنا اعتبرت وثيقة التأمين ضرورية جداً ليس فقط للمشترى بل وأيضاً للبنك فاتح الاعتماد الذى يكون قد التزم بدفع قيمة البضاعة أو التزم بمبلغ معين فى الاعتماد للمستفيد حال انتقال المستندات إلى المشترى وفق ماتم النص عليه فى خطاب الاعتماد فى حالة وصول البضاعة سليمة أو حلول واستحقاق مبلغ التأمين المنصوص عليه فى بوليصة التأمين إذا حصل مكروه للبضاعة وهلكت . هذا وتختلف المخاطر التى تغطيها وثيقة التأمين تبعاً للظروف المحيطة بنوع العقد التجارى الدولى وطبيعة ونوع المخاطر المطلوب تغطيتها بموجب بوليصة التأمين (٥٥) .

والتأمين يعتبر شيئاً أساسياً فى العقد التجارى الدولى سيف .C.I.F وهو العقد الغالب فى عقود الاستيراد والتصدير فى التجارة الدولية (٥٦) . فإذا فتح المشترى اعتماداً مستندياً لتمويل استيراد بضاعة معينة وفقاً للعقد سيف .C.I.F وأخفق البائع فى تقديم وثيقة التأمين مع بقية الوثائق الأخرى كبوليصة الشحن أو الفحص إن كانت مطلوبة ، فإن البنك عادة يرفض الدفع للمستفيد استناداً لعدم تنفيذ البائع لالتزامه

بالحصول على وثيقة تأمين وفق ماهو متعارف عليه فى مثل هذا النوع من العقود التجارية الدولية حتى لو وصلت البضاعة سليمة إلى مقر البائع [٥٧] .

وهناك بعض الشروط التى لابد من توافرها فى بوليصة التأمين والتى أيضًا لابد من التنبه لها وهى كما يلى :

(١) بوليصة التأمين يجب أن تبدو فى ظاهرها أنها صادرة وموقعة من شركة تأمين أو مؤمنين مفوضين أو وكلائهم [٥٨] وفى حالة صدورها من أكثر من نسخة يجب تقديم جميع النسخ الأصلية مالم يجز الاعتماد غير ذلك [٥٩] . ولا تقبل الإشعارات التى تدل على التأمين والتى يصدرها السماسرة التجاريون Brokers Cover Notes إلا إذا سمح الاعتماد بذلك [٦٠] .

(٢) بالنسبة لشهادة التأمين أو ما يسمى Insurance Certificate فتقبل البنوك هذه الشهادة ، وكذلك تقبل البنوك الإقرار الصادر بموجب بوليصة التأمين المفتوحة Declaration under an open Cover ، شريطة أن يكون الإقرار صادرا وموقعا من شركات التأمين أو من مؤمنين أو مفوضين Underwriters ، أو من وكلائهم [٦١] .

(٣) يجب أن يبدأ نفاذ التأمين فى موعد أقصاه تاريخ وضع البضاعة على ظهر الناقلة أو إرسالها أو تسليمها كعهده لدى الناقل . وعليه فالبنوك لن تقبل أى بوليصة تأمين يكون تاريخها متأخرًا عن ذلك ، مالم يصرح الاعتماد ويسمح بخلاف ذلك [٦٢] .

(٤) يجب أن يتم الحصول على بوليصة تأمين بنفس العملة التى فتح الاعتماد بها مالم ينص الاعتماد على خلاف ذلك . كما يجب أن يتم شراء بوليصة تأمين تغطى كامل المبلغ الذى تم النص عليه فى الاعتماد المستندى، وهو الذى يكون مغطياً فى البيع "سيف" .C.I.F قيمة تكاليف البضاعة والتأمين وأجور الشحن حتى ميناء وصول معين ، أو فى البيع C.I.P سيب ، الحمولة وقيمة التأمين حتى مكان وصول معين ، حسب الأحوال ، مع إضافة مبلغ وقدره ١٠٪ من المبلغ المذكور إذا كان بالإمكان تحديد القيمة الإجمالية من ظاهر المستندات وإلا فتقبل البنوك كحد أدنى للمبلغ المذكور تغطيه بقيمة ١١٠٪ من المبلغ المطلوب دفعه أو قبوله أو تداوله بموجب الاعتماد أو ١١٠٪ من القيمة الإجمالية للفاتورة ، أيهما أكبر [٦٣] .

(٥) فى بعض الأحيان يتم النص فى بوليصة التأمين على أن الغطاء التأمينى غير كامل أى أن على المؤمن تحمل نسبة معينة من الخسائر مثلاً ٥٪ وهو ما يسمى Franchises أو الإعفاء النسبى أو ما يسمى Excess Deductible الاعفاء المخصوم ، ففى مثل هذه الحالة ومالم ينص الاعتماد المستندى على خلاف ذلك، فإن البنوك تقبل مستندات التأمين التى تتضمن أن الغطاء التأمينى خاضع لمثل هذه الإعفاءات . وفى حالة عدم اشتراط الاعتماد أو نصه على السماح بمثل هذه النسبة ، فإن بوليصة أو مستندات التأمين التى تتضمن مثل هذا الإعفاء تعتبر غير سليمة وللبنوك رفضها [٦٤] .

(٦) بوليصة التأمين يجب أن تغطى مخاطر كل الرحلة حتى ميناء الوصول، سواء سمح الاعتماد بتغيير السفينة Trans-shipment أثناء الرحلة أم لا . فإذا سمح الاعتماد بنقل البضاعة من ناقل إلى آخر أثناء الرحلة، فإن التأمين يجب أن يغطى المخاطر التى قد تتعرض لها البضاعة أثناء فترة النقل وأثناء وجودها فى الميناء بوسيط وإعادة شحنها حتى وصولها إلى المكان الذى يرغب فاتح الاعتماد وصولها إليه [٦٥] .

(٧) لابد وأن يتم النص فى بوليصة أو مستند التأمين على نوع التأمين المطلوب حيث إن المخاطر التى قد تتعرض لها البضائع أو وسائل النقل على النطاق الدولى متعددة وكثيرة ، وعليه فإن وثائق التأمين عادة تتضمن شروطًا متباينة مما يصعب معه تحديد المخاطر التى تم شراء وثيقة التأمين لتغطيتها ، ومن ثم فلابد من أن يكون هناك تحديد واضح من قبل من يقوم بشراء وثيقة التأمين ، أو أن الذى طلبها يكون قد طلبها لنوع المخاطر التى يرغب فى تغطيتها . أيضًا لابد من أن يتم النص فى خطاب الاعتماد على نوع التأمين المطلوب وعلى الأخطار الإضافية المطلوب تغطيتها إذا كان هناك رغبة فى تغطية أخطار إضافية غير مأمونة [٦٦] . كما يجب فى مثل هذه الحالة تحرى الدقة فى التعبير نظرًا لأن بعض التعابير مثل الأخطار العاديةUsual Risks أو الأخطار المعتادة Customary Risks غير محددة ويكثر الخلاف حول معناها وحدودها ، لذلك نرى أنه إذا تم استخدام مثل هذه التعابير فلن يكون هناك أية مسئولية على البنك .

(٨) فى حالة النص فى الاعتماد المستندى على وجوب حصول أو تقديم المستفيد لبوليصة تأمين تغطى جميع المخاطر All Risks فإن البنوك تقبل المستند أو بوليصة

التأمين الذى يتضمن التأمين ضد جميع المخاطر دون البحث فيما إذا كان ذلك يغطى أخطاراً بعينها. وليس على البنك التزام تحديد مدلول هذا الشرط أو المقصود منه ما دام فاتح الاعتماد لم يحدد نوع المخاطر التى يرغب فى أن يتم تغطيتها، وهو ما تقضى به المادة (٦٣) من الأصول الموحدة حيث تنص على ما يلى :

حيثما ينص الاعتماد على أن يكون "التأمين ضد كافة الأخطار تقبل المصارف أى مستند تأمين يتضمن أى عبارة أو ملاحظة تشير إلى "كافة الأخطار سواء مُعَنْوَنًا كافة الأخطار أم لا ؟ حتى إذا ذكر مستند التأمين أن بعض الأخطار مستثناة منه أو دون أى مسئولية عن عدم تغطية أى خطر/ أخطار لم تتم تغطيتها .

إلا أنه يجب التنبيه هنا على أن عبارة «كافة الأخطار» قد لا تعنى ما يعترض البضاعة من مخاطر أيا كان نوعها وفق ما يتبادر إلى الذهن من معناها اللغوى ، حيث إن التفسيرات تتعدد لمثل هذه العبارة من دولة إلى أخرى وفقًا لاتجاهات مختلفة . كما أن المحاكم فى بعض الدول قد ترى تفسير هذه العبارة فى ضوء عقد البيع محل التأمين دون ماهو متعارف عليه من اصطلاحات بين المؤمّنين وشركات التأمين [٦٧] . كذلك لاتغطى مثل هذه العبارة العيوب العائدة للبضاعة ذاتها أو ما يسمى Inherent vice حيث لا بد وأن يكون الضرر نتيجة حوادث أو مخاطر ممكنة يحتمل وقوعها [٦٨] .

المبحث الرابع
شهادة فحص البضاعة

فى أغلب الأحيان لا يعرف المستورد والمصدر أحدهما الآخر على النطاق الدولى إلا عن طريق المراسلات أو بالاسم فقط ، وعليه لايكون هناك ثقة متبادلة بين الأطراف . فالمستورد يرغب فى أن يكون متأكداً من أن البضاعة المشتراة التى تم شحنها له تتفق تماما مع النوعية والكمية المطلوبة من قبله . أيضًا قد يرغب فى أن يتأكد أن طريقة التغليق وفقًا للنوعية والطريقة التى تم اشتراطها .

هذا وبينما البنك محكوم بالمستندات المطلوبة والمنصوص عليها فى خطاب الاعتماد ، وقد لا يهتم بنوعية الفحص للبضاعة ، ذلك المستورد غالبًا ما يطلب من شركة فحص عالمية ذات خبرة فى فحص البضائع أن تقوم بفحص البضاعة قبل أن يتم شحنها ، وتقوم بإصدار شهادة تؤكد فيها أن البضاعة وفقًا للمتطلبات التى نص عليها المستورد .

كما أن مستورد البضاعة غالبًا ما يقوم بالنص تحديداً فى خطاب الاعتماد على طلب شهادة من شركة فحص معينة كجزء من المستندات المطلوب إبرازها وفقًا لنصوص خطاب الاعتماد قبل القيام بالدفع . وشركة الفحص عندما تصدر الشهادة اللازمة سوف تكون ملزمة بما ذكرته ونصت عليه فى شهادة الفحص، ومن ثم فأى اختلاف بين حال البضاعة وبين ماهو منصوص عليه فى شهادة الفحص سوف يكون من مسئوليتها، ومثل هذه الشركات دائمًا تكون ذات سمعة عالمية حسنة تعمل على المحافظة عليها .

أيضًا هناك العديد من الشهادات الأخرى التى يمكن أن تكون مطلوبة ومنصوصاً عليها فى خطاب الاعتماد مثل شهادة الأصل ، والوزن [٦٩] ، والنوعية، والتحاليل، وشهادة الكمية للبضاعة ، إلى غير ذلك من المتطلبات التى قد تختلف باختلاف نوع البضاعة ومنشئها .

والبنك عند فحصه لمثل هذه الشهادة ينظر إلى عنوانها، وتاريخها، وجهة ، ومكان إصدارها ، ووصف البضاعة إلى غير ذلك من الأوصاف التى يجب أن تتوافق جميعها مع ماهو منصوص عليه فى خطاب الاعتماد . فإذا كانت تعليمات العميل المنصوص عليها فى خطاب الاعتماد واردة فى عبارات عامة دون تفاصيل، فلابد أن تكون المستندات متضمنة لكل التفاصيل المتعارف عليها فى مثل نوع التجارة الصادرة الشهادات بشأنها والتى هى محل الاعتماد، وليس على البنك فى مثل هذه الحالات أى التزام بتدقيق تفصيلات البيانات الواردة فى هذه الشهادات لأن شهادة الفحص عادة تغطى مستندات كثيرة وتتضمن معلومات مختلفة ودقيقة ، وليس على البنك إلا تفسيرها بمعنى معقول فقط دون الدخول فى التفاصيل [٧٠] .

الهوامش

(١) تنص المادة (٤) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتماد المستندى على ما يلى :

«تتعامل جميع الأطراف المعنية بعمليات الاعتماد بمستندات ولا تتعامل ببضائع ، / أو غير ذلك من أوجه التنفيذ التى تتعلق بها تلك المستندات» .

(٢) د. عصام الدين القصبى ، مرجع سابق ، ص (١٦٩) .

(٣) وهذا ما تعنيه المادة (٥) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الدولية رقم (٥٠٠) فى آخر تعديل لها لعام ١٩٩٣م والتى تنص على ما يلى :

«أ - يجب أن تكون تعليمات إصدار الاعتماد ، والاعتماد نفسه ، وتعليمات تعديل الاعتماد ، والتعديل نفسه ، مكتملة ودقيقة . تجنباً للبس وسوء الفهم ، ينبغى على المصارف ألا تشجع أى محاولة :

١ - لتضمين الاعتماد ، أو أى تعديل عليه ، تفاصيل مبالغ فيها .

٢ - لإعطاء تعليمات إصدار ، تبليغ أو تعزيز اعتماد صدر في السابق (اعتماد مشابه) ، إذا كان الاعتماد السابق قد خضع لتعديل أو تعديلات مقبولة و / أو تعديل / تعديلات غير مقبولة .

ب - إن جميع تعليمات إصدار الاعتماد نفسه ، (وحيثما ينطبق) جيع تعليمات تعديل الاعتماد والتعديل نفسه ، يجب أن ينص عليها بدقة فى المستند / المستندات التى سيتم مقابلها الدفع/ القبول أو التداول» .

(٤) Lasar Sarna, op. cit., p. 109.

(٥) Ibid., p. 110.

(٦) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp المادة (٣٧) فقرة (أ) .

(٧) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp ، مادة (٣٧) فقرة (ج) .

(٨) - W. L.O'Hare, Op. cit., p. 45.
Clive M. Schmitthoff , op. cit., p. 342-345.

(٩) Lasar Sarna, op. cit., p. 111.

(١٠) الأصول والأعراف الموحدة ucp ، مادة (٣٧) فقرة (أ) (٢) .

(١١) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص (٢٠١) ، وانظر أيضاً ، الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp ، مادة (٣٧) فقرة (أ) (٢) .

(١٢) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp مادة (٣٧) فقرة (ب) .

(١٣) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص (٢٠٩) .

(١٤) د. أحمد حسنى ، البيوع البحرية : دراسة مقارنة لعقود التجارة البحرية الدولية «سيف وفوب» ، ص (٤٢٩) وما بعدها ، ومنشأة المعارف (١٩٨٣م) ؛ وانظر أيضًا : المستشار أحمد منير فهمى ، دراسة مقارنة للائحة عقود البيع التجارية الدولية الجديدة لعام ١٩٩٠م (Incoterms) .

(١٥) د. أحمد حسنى ، مرجع سابق ، ص (١١٤) وما بعدها إلى ص (٤٢٨) .

(١٦) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp مادة (٣) .

(١٧) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp مادة (١٥) .

(١٨) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp مادة (١٦) .

(١٩) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ucp ، مادة (١٧) .

(٢٠) د. أحمد حسنى ، مرجع سابق ، ص ص (٣١-٣٢) .

(٢١) Grant Gilmore & Charles L. black, Jr., : The Law of Admirality, p. 93-49, (Second Edition, 1975, The Foundation Press, Inc.).

(٢٢) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص (١٣٩) .

(٢٣) قواعد لاهاى : هى القواعد المنظمة لسندات الشحن والموحدة للقواعد المطبقة عليها وقد درج على تسميتها قواعد لاهاى أو Hague Rules نسبة إلى أساسها وهى قواعد لاهاى التى أقرت فى عام ١٩٢١م فى المؤتمر المنعقد فى مدينة لاهاى والتى كانت عبارة عن سند شحن نموذجى طلب من الناقلين والشاحنين تحرير سندات الشحن التى يعتزمون إصدارها على غراره . هذا وقد جرى على هذه القواعد عدة تعديلات على مر السنين الماضية كان آخرها فى عام ١٩٦٨م فى البروتكول المعدل لهذه الاتفاقية . هذا وقد عملت الأمم المتحدة من خلال لجنة الأمم المتحدة الخاصة بقانون التجارة الدولية أو UNCETRAL على إعداد قواعد خاصة تحكم مسؤولية الناقلين البحريين وقد صدرت هذه القواعد باسم المدينة التى انعقد فيها المؤتمر الأممى لمناقشة هذه القواعد وهى مدينة هامبورج بألمانيا United Nations Convention on Carriage of Goods by Sea 1978 ومن ثم أطلق على هذه القواعد Hamburg Rules بناء على توصية من المؤتمر .

- Christo F. Luddeke & Andrew Johnson : A Guide to The Hamburg Rules : From Hague to Hamburg Via Visby, (Lloyd's of London Press LTD, 1991).
- John Richardson, F. C.I.I, : A Guide to The Hague and Hague- visby Rules, (Lloyd'S of London Press LTD, 1989).

(٢٤) مادة (٣) فقرة من قواعد لاهاى تنص على ما يلى :

«على الناقل أو الربان أو وكيل الناقل ، بعد استلام البضائع وأخذها فى عهدته ، أن يسلم إلى

الشاحن بناء على طلب الشاحن سند شحن يتضمن مع بياناته المعتادة البيانات التالية :

(أ) العلامات الرئيسية اللازمة للتحقق من نوع البضائع وذلك طبقًا لما يقدمه الشاحن بالكتابة قبل البدء فى شحن هذه البضائع ، على أن تكون هذه العلامات مطبوعة أو موضوعة بأية طريقة أخرى ظاهرة على البضائع غير المغلفة أو على الصناديق أو الأغلفة المعبأة فيها البضائع بحيث تظل قراءتها ميسورة حتى نهاية السفر .

(ب) عدد الطرود أو القطع أو الكمية أو الوزن ، على حسب الأحوال ، طبقًا للبيانات التى يقدمها الشاحن كتابة .

(ج) حالة البضائع وشكلها الظاهر ، ومع ذلك فليس الناقل أو الربان أو وكيل الناقل ملزمًا بأن يثبت فى سندات الشحن أو يدون فيها علامات أو عددًا أو وزنًا إذا توافر لديه سبب جدى يحمله على الشك فى عدم مطابقتها للبضائع المسلمة إليه فعلاً أو عندما لا تتوافر لديه الوسائل الكافية للتحقق منها» .

(٢٥) مادة (٣) فقرة (٧) من قواعد لاهاى تنص على ما يلى :

«إذا تم شحن البضائع فإن سند الشحن الذى يسلمه الناقل أو الربان أو وكيل الناقل إلى الشاحن يجب أن يؤشر عليه بكلمة (مشحون) متى طلب الشاحن ذلك على شرط أنه إذا كان سبق أن استلم أية وثيقة تثبت له الحق فى هذه البضائع فعلية أن يرد هذه الوثيقة مقابل استلامه سند الشحن المؤشر عليه بكلمة (مشحون) .

وللناقل أو الربان أو الوكيل الحق فى التأشير فى ميناء السفر على الوثيقة السابق تسليمها باسم أو أسماء السفينة أو السفن التى شحنت عليها البضائع وتاريخ أو تواريخ الشحن ، ومتى تأشر على الوثيقة بذلك فإنها تعتبر فيما يتعلق بهذه المادة بمثابة سند شحن مؤشر عليه بكلمة (مشحون) إذا احتوت على البيانات المنصوص عليها فى المادة الثالثة «الفقرة ثالثة» .

(٢٦) الأستاذ مختار السويفى : أساسيات النقل البحرى والتجارة الخارجية ، مع دراسة تحليلية لعقود النقل البحرى وعقود التجارة الخارجية ، مطابع مدكور ، ٣٠ عبدالخالق ثروت ، القاهرة ، ١٩٨١م ص ص (٢٥٥-٢٦٠) .

(٢٧) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (١٣) فقرة (أ) .

(٢٨) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٢٠) فقرة (ج) .

(٢٩) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٢٤) .

(٣٠) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٢٣) . وانظر أيضًا : د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص ص (١٤٠-١٤٢) ، حيث تم شرح اختلاف وجهة النظر القضائى بين الدول التجارية الكبرى فى العالم فيما يتعلق بنوع المستند المطلوب والشروط التى يتضمنها وتكون مقبولة من عدمه إلى غير ذلك ... إلخ .

(٣١) د. أحمد حسنى : البيوع البحرية ، مرجع سابق ، ص (١٠٣) وص (٣٤٠) وما بعدهما : وانظر أيضًا لنفس المؤلف النقل الدولى البحرى للبضائع طبقًا لمعاهدة بروكسل لسندات الشحن لسنة ١٩٢٤م كما عدلت ببرتوكول بروكسل ١٩٦٨م ومعاهدة هامبورج ١٩٧٨م ، ص (٥٩) : د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص ص (١٤٢-١٤٣) .

(٣٢) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٢٣) ، فقرة (ب) وفقرة (ج) وفقرة (د) .

(٣٣) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٢٣) ، فقرة (أ) (٢) .

(٣٤) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٢٣) فقرة (أ) (٣) ، ومادة (٢٦) فقرة (أ) ، ومادة (٢٧) فقرة (أ) ، ومادة (٢٨) فقرة (أ) .

(٣٥) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٢٣) فقرة (أ) (٥) ومادة (٢٦) فقرة (أ) (٥) ومادة (٢٧) فقرة (أ) (٦) .

(٣٦) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٢٣) ، فقرة (د) (١) .

(٣٧) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٢٣) ، فقرة (د) ومادة (٢٦) فقرة (ب) ، ومادة (٢٧) فقرة (ج) ، ومادة (٢٨) فقرة (د) .

(٣٨) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص (١٥١) .

(٣٩) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص ص (١٤٦-١٤٩) . وانظر : الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٢٠) فقرة (ج) .

(٤٠) الأصول والأعراف الموحدة مادة (٢٠) فقرة (ب) .

(٤١) د. أحمد منير فهمى ، مرجع سابق ، ص ص (٢٢-٢٣) .

(٤٢) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص ص (١٤٩-١٥٠) . وانظر : الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٢٤) فقرة (أ) .

(٤٣) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٣١) .

(٤٤) W. E. Astle : Legal Developments in Maritime Commerce, p. 49-54, Fairplay Publicashins, 1983.

- Charles del Busto, Editor : Documentary Credits, UCP 500 & 400 Compared, An Article-by Article detailed analysis of the new UCP 500 compared with the UCP 400, p. 90-92, ICC Publication, Section of International Banking, 1993.

(٤٥) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٣٢) فقرة (أ) .

(٤٦) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٣٢) فقرة (ب) . هذا ويعتبر طلب البنوك أن يتم النص فى الاعتماد على أن يحمل مستند النقل عبارة "نظيفة على المتن ، Clean on Board"

جائز ومعتد به فى التجارة الدولية ويجب الالتزام به إذا كان مستند النقل هذا مستوفياً للمتطلبات التى تنص عليها المادة السابقة من الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، المواد (٢٣، ٢٤، ٢٥، ٢٦، ٢٧، ٢٨ ، أو ٣٠) وذلك كما هو منصوص عليه فى المادة (٣٢) فقرة (ج) منها .

(٤٧) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٣٢) فقرة (أ) ؛ وانظر أيضاً : د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص ص (١٦٩-١٧٣) ؛ د. أحمد حسنى ، البيوع البحرية ، مرجع سابق ، ص ص (٣٢٠-٣٣٠) ؛

-W. E. Astle, op cit., p. 49.

(٤٨) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص ص (١٦٣) .

(٤٩) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، المواد (٢٣) فقرة (ج) و (٢٤) (ج) و (٢٦) (ب) و (٢٧) (ج) و (٢٨) (د) .

(٥٠) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، المواد (٢٣) فقرة (أ) و (٢٤) (ب) و (٢٧) (ب) و (٢٨) (ج) .

(٥١) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص ص (١٦٤-١٦٨) .

(٥٢) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٢٤) فقرة (د) .

(٥٣) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص ص (١٦٦-١٦٥) .

(٥٤) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٢٤) فقرة (ج) .

(٥٥) د. عصام الدين القصيبى ، مرجع سابق ، ص (١٧٠) ؛ د. أحمد محمود حسنى ، النقل الدولى البحرى للبضائع ، مرجع سابق ، ص ص (٢٣٥-٢٤١) .

(٥٦) د. أحمد حسنى : البيوع البحرية ، مرجع سابق ، ص ص (٢٩٩-٣٠٢) : المستشار . أحمد منير فهمى ، مرجع سابق ، ص ص (٦٠-٦١) ؛ أيضاً لابد من الإشارة إلى ما نصت عليه لائحة البيوع التجارية الدولية لعام ١٩٩٠م Incoterms من وجوب التزام البائع بإبرام عقد تأمين على البضاعة دون مطالبة المشترى بما يدفعه لقسط التأمين ، والذى عادة يضمن قيمة التأمين فى الثمن المقدم منه للمشترى ومن ثم فإنه يعتبر جزءاً من الثمن دفعه له وللمشترى الحق فيه عندما يحصل أى مكروه للبضاعة حتى ولو كان عقد التأمين أبرم من قبل البائع ولكن لصلحة المشترى .

(٥٧) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص (١٨٣-١٨٤) .

(٥٨) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٣٤) فقرة (أ) .

(٥٩) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٣٤) فقرة (ب) .

(٦٠) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٣٤) فقرة (ج) .

(٦١) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٣٤) فقرة (د) .

(٦٢) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٣٤) فقرة (هـ) .

(٦٣) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٣٤) فقرة (و) .

(٦٤) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٣٥) فقرة (ج) .

(٦٥) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص (١٩٤) .

(٦٦) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٣٥) فقرة (أ) .

(٦٧) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص ص (١٩٦-١٩٧) .

(٦٨) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص (١٩٨) .

(٦٩) الأصول والأعراف الدولية الموحدة ، مادة (٣٨) .

(٧٠) د. نجوى محمد كمال أبو الخير ، مرجع سابق ، ص ص (٢١١-٢١٧) .

البـــاب
الســـابع

المسئولية وضمانات الأطراف
فى العقد التجارى الدولى

فى العقود عمومًا يكون المتعاقد ملزمًا بتنفيذ ما تعاقد عليه وفقًا لطبيعة العقد وظروف التنفيذ . فمثلاً المتعاقد فى العقود التجارية الدولية على توريد أو بيع بضائع لعميله أو تقديم خدمة معينة يكون عرضة لتحمل التزامات وفقًا لما تعاقد على تنفيذه أو إنجازه وعمله ، وبهذا تكون المسؤولية هنا مسؤولية تعاقدية تنتج عن الإخفاق فى تنفيذ الالتزامات التى يفرضها العقد ، أو قد تكون مسؤولية تقصيرية نتيجة لتقصيره فى القيام بالواجبات التى يفرضها عليه القانون . وهذه المسؤولية تستوجب التعويض سواء كان تعويضًا للمتضرر مباشرة أو تعويضًا لطرف ثالث باعتباره المتضرر غير المباشر .
لذلك على من يقوم بالصياغة محاولة معرفة المسؤوليات الملقاة على عاتق الأطراف جميعا أو على عاتق عميله وطبيعتها ونطاقها ، عند قيامه بالصياغة لنصوص العقد، حتى يتمكن من القيام بصياغة نصوص فى صالح عميله تساعده على التخلص من المسؤوليات التعاقدية أو التخفيف منها بقدر الإمكان ، وذلك بتحديدها أو الحد منها أو الإعفاء منها كلية بنصوص تعاقدية . فمثلاً مع الأخذ بعين الاعتبار المسؤوليات التى يفرضها القانون ، يمكن لمن يقوم بالصياغة أن يضع فى اعتباره عند الصياغة كيف يستثنى أو يحدد فى أضيق نطاق مسؤوليات عميله المستقبليه أو تحويل المسؤوليات التى يفرضها العقد من على عاتق عميله إلى الطرف الآخر مع وضع الضوابط التى تحول دون تهرب الطرف الآخر من تنفيذ الالتزامات التى يفرضها عليه العقد مع عميله .

والضمانات بأنواعها المختلفة تعتبر عنصراً هامًا جداً فى العقود التجارية الدولية لأنها وسيلة أمان لتنفيذ ما تم التعاقد على تنفيذه . وهذه الضمانات كثيرة ويصعب حصرها ، حيث إن تطور المعاملات التجارية الدولية يُنْشِئ ويكشف عن أنواع جديدة من الضمانات وفقًا لمتطلبات الحاجة إليها. وتضطلع البنوك والمؤسسات المالية المتخصصة فى الإقراض وشركات التأمين بإصدار أنواع الضمانات المتعارف عليها فى حقل التجارة الدولية كما سوف نوضحه فى الفصول التالية .

الفصل الأول

المسئولية والشروط المتعلقة بها فى العقد التجارى الدولى

لاشك فى أن صياغة نصوص لتحديد المسئولية أو الإعفاء منها فى العقد التجارى الدولى مهمة صعبة جداً ، وتتطلب ممن يقوم بها الإحاطة الكاملة بظروف التنفيذ المستقبلية للعقد والبيئة القانونية التى سوف ينفذ فيها أو القانون الواجب التطبيق عليه .

والمواد أو النصوص التى تتعلق بمسئولية الأطراف فى العقود التجارية الدولية تهدف فى نطاقها إلى تحديد المسئولية عن تنفيذ الالتزامات أو الحد منها أو تأكيدها أو تعديلها أو تعديل قواعد المسئولية العقدية المنصوص عليها فى القانون الواجب التطبيق على العقد [1] . وقد يكون ذلك لعدم رغبة الأطراف فى هذه العقود الخضوع إلى المسئولية وفق ما حددها القانون الواجب التطبيق على العقد، ومن ثم اختيار تعديلها بما يلائم مصالحهم وفقا لما تم الاتفاق عليه بينهم . وعادة ما يكون هذا موقف الطرف الأقوى فى العقد، سواء كان اقتصادياً أو غير ذلك ، لوضع المسئولية على عاتق الطرف الآخر بنصوص تعاقدية بخلاف ما هو منصوص عليه فى القانون الواجب التطبيق على العقد ، حيث يُضَيِّق هذا الطرف من مسئوليته ويوسع من مسئولية الطرف الآخر .

وهناك صيغ عديدة يمكن وضعها لمواد المسئولية بأنواعها المختلفة بما يلائم الطرف الذى يطلبها فى العقد . ولكن ذلك بطبيعة الحال ، يخضع للقوة الاقتصادية أو القدرة التفاوضية لأى طرف من أطراف العقد على النص فى العقد على مواد تحد من مسؤوليته. إلا أن ذلك يفترض أن يكون لدى من يقوم بالصياغة الفهم والقدرة على صياغة أنواع متعددة من الصيغ لمواد أو شروط للحد أو التوسيع من نطاق المسؤولية خاصة إذا كان الموضوع يتعلق بصياغة مواد بين يديه تحد أو تحدد المسئولية لأحد أطراف العقد . ولكننا ننبه هنا إلى أن هذه الحرية قد تصطدم بقرارات كثير من المشرعين والمحاكم فى كثير من الدول التى لا تقبل هذه الحرية المطلقة فى أن يقوم أحد أطراف العقد بوضع فقرات فيه تَحُد أو تُحَدِّد من مسئوليته أو تعفيه منها خاصة إذا كانت هذه المسئولية مفروضة عليه بقوة القانون فى حالة إخلاله فى تنفيذ التزاماته [2]

وقد تقضى المحاكم بأن مثل هذه الشروط غير قانونية وغير قابلة للتنفيذ وفقًا للقانون الواجب التطبيق على العقد .

ولابد عند صياغة العقد لمن يقوم بالصياغة أن يسأل فيما إذا كان عارفًا بظروف التعاقد أم لا ؟ ، فإذا لم يكن عارفًا بها فيسأل أو يستفسر عن ذلك من الأطراف وعن مسئولياتهم، لأن كل متعاقد يجب أن يطرح على نفسه السؤال التالى : ما هى المسئوليات الملقاة على عاتقه والمسؤوليات الملقاة على عاتق الطرف الآخر فى هذا العقد سواء كانت مسؤوليات ضمنية أو صريحة . وهذا يعنى توقع المشاكل التى ربما تقع عند تنفيذ الالتزامات وفقا لنصوص العقد ، وما يجب أن يضمنه ، وما هى العواقب المترتبة على الإخلال بتعهده فى العقد ؟ . بعد تحديد الإجابة عن الأسئلة السابقة ، فقد يقرر المتعاقد أن من الضرورى لمصلحته تحديد مسئولياته الناجمة أو التى قد تنجم عن العقد .

وتختلف العقود بأنواعها فى المسئولية التى تفرضها ، فكل عقد له مسئولياته الضمنية الخاصة به والتى تستوجبها طبيعته ، لذلك سوف نورد أمثلة على أنواع المسئولية وكيفيَّة الاستثناء منها بقصد التوضيح وهى كما يلى :

أولا – فقرات تتعلق بنطاق المسئولية وهى عامة تتميز بما يلى :

أ) تحديد مسئولية الأطراف المتعاقدة أو أحدهما عن أشياء غير منصوص عليها فى القانون مثل امتداد مسئولية البائع عن الضرر الذى قد يحدث للمشترى نتيجة التأخر فى التسليم للبضاعة، حتى ولو كان هذا التأخير نتيجة ظروف خارجة عن إرادته أو بسبب يعود لتَحَكُّم البائع .

ب) الحد من مسئولية أحد أطراف العقد، مثل النص على عدم مسئولية البائع، عن الضرر أو الأضرار الناشئة عن أو المتصلة بعيوب فى البضاعة من أى نوع كانت هذه العيوب ، حتى ولو كانت هذه العيوب معروفة للبائع فى وقت بيع البضاعة .

جـ) تحديد المسئولية لأحد أطراف العقد مثل النص على أن التأخير فى تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد من قبل أحد الأطراف ، والذى يعطى الطرف الآخر الحق فى إنهاء العقد، بحيث يعنى ويُفسَّر وفق ما يتفق عليه الأطراف .

ثانيًا – فقرات تتعلق بطبيعة المسئولية فى العقد :

وهى فقرات تتعلق بتحديد ما إذا كان الحد من المسئولية أو الإعفاء منها كلية يشمل المسئولية العقدية والتقصيرية أو أن ذلك يغطى المسئولية التقصيرية فقط . وعادة ما يكون هذا فى حالة وجود بعض الأعمال المحددة التى يكون الاخفاق فيها من قبل أحد الأطراف يمثل فى نفس الوقت إخلالا ونكثا للعقد وفى نفس الوقت يؤدى إلى نشوء المسئولية التقصيرية .

ثالثًا – فقرات تتعلق بطبيعة وأساس الضرر :

ويكون ذلك بتحديد ما هى الأضرار التى سوف تكون مغطاة بفقرات المسئولية أو الحد منها أو الاستثناء منها وذلك كما يلى :

أ) الضرر الحاصل للأشخاص والأملاك . ففى بعض الأنظمة نجد أنه ليس هناك تعريفا يبينها. فمجرد وضع فقرة فى العقد تحد من المسئولية فإن ذلك يغطى الأضرار التى تلحق بالأشخاص والأملاك على السواء ما لم يتم التفصيل والتفريق بينها كما هو الحال فى القانون البلجيكى [٣] ، أو فى بعض الأنظمة الأخرى التى تُعنى بتفصيل ذلك لا تمنع أو تسمح بالحد من المسئولية فيما يتعلق بالأضرار التى تلحق بالأملاك دون المسؤولية عن الاضرار التى قد تحدث للأشخاص كما هو الحال فى القانون البريطانى [٤] .

ب) الضرر الناتج عن تشويه السمعة أو فقدان الربح المتوقع .

جـ) الضرر المباشر أو غير المباشر أو المتوقع .

د) الضرر الناتج عن التأخير فى التنفيذ أو عدم التنفيذ .

وقد يرى المستشار القانونى الذى يقوم بصياغة العقود التى يمتد تنفيذها على سنوات طويلة ، أن يضع بعض النصوص أو الشروط التى تنص على عدم المسئولية أو الحق فى التأخير فى تنفيذ ما هو منصوص عليه فى العقد من التزامات ، بينما العميل فى تعاقده يعتمد على سمعة المتعاقد معه لإكمال العقد فى الوقت المحدد وبالميزانية

المعتمدة له . مثل هذه الشروط أو النصوص قد لا تكون فى بعض الدول ملزمة قانونا للمتعاقد ، لأنه فى أغلب الدول مثل هذه النصوص أو الشروط لا تطبق إلا عندما يكون الطرف الذى يحتج بها ويعتمد عليها غير مخطئ أو متعمد لسوء التنفيذ أو التأخير فيه . ومن أمثلة هذه النصوص أو الشروط شرط عمل الجهد اللازم للتنفيذ «best effort» ، الذى يتحكم فى وقت التنفيذ المحدد والمنصوص عليه فى العقد . مثل هذا النص قد يحتج به المتعاقد المتكاسل عن تنفيذ التزاماته ويدفع بأنه عمل كل ما فى وسعه لإكمال العمل وفقًا للجدول الموضوع، والذى عادة يكون مرفقًا بجزاء وغرامة أو شرط جزائى لكل يوم تأخير أو شهر تأخير بسبب المتعاقد، وأنه حاول أن يعمل أفضل جهده للالتزام بالجدول الموضوع لإنهاء العمل . ولتفادى بعض المسئولية الملقاة على عاتقه نجده يحاول أو قد يحاول أن يدخل فى العقد بعض الشروط (٥) التى تخفف أو تحد من مسؤوليته . وهذه الشروط متنوعة ومتعددة نوجز أهمها فيما يلى :

١ - شرط يتعلق بفترة التجهيز Mobilization Period Clause ، والغرض من هذا الشرط هو إعطاء فترة زمنية كمهلة للاستعداد لبدء التنفيذ وهى عادة ما تكون بين ٣٠-٦٠ يومًا من لحظة تقديم العميل للدفعة الأولى أو خطاب الاعتماد من البنك حتى تاريخ بداية جدول التنفيذ .

٢ - شرط يتعلق بوجوب التزام المتعاقد من الباطن بالجدول الموضوع للتنفيذ Sub-Contractors Tied to the Time Schedule أى أن يتمسك المتعاقد من الباطن بالجدول الزمنى بحيث يكون الجدول المفروض على المتعاقد الأصلى مفروضًا أيضًا على المتعاقد من الباطن التقيد به وملزمًا له ، وذلك لتمكين المتعاقد الأصلى من الحق فى تقديم طلب التعويض تجاه المتعاقد من الباطن والحصول عليه فى حالة ما إذا دفع المتعاقد الأصلى إلى صاحب العمل أى تعويض عن التأخر فى التنفيذ من قبل المتعاقد من الباطن .

٣ - شرط يتعلق بضرورة التزام العميل بالجدول الموضوع Customer Tied to The Time Schedule . ويعنى هذا الشرط وجوب أن يلتزم المالك أو صاحب العمل أو العميل بالجدول الموضوع للتنفيذ أيضًا ، حيث إنه فى كثير من الحالات يكون على صاحب العمل أو العميل بعض الالتزامات المحددة تجاه المتعاقد معه على التنفيذ مثلاً فيما يتعلق بالشرط الخاص بالموقع المحدد للعمل والكشف عليه ، التراخيص ،

أو الموافقة على خطط التنفيذ للعمل بمراحله المحددة ... إلخ . والهدف من هذا الشرط هو أن يكون هذا الجدول ملزماً للعميل صاحب العمل والمقاول على التنفيذ . وفي حالة الرغبة في عدم الالتزام به من قبل أحد الأطراف كالمقاول مثلاً فسوف يستثنى مسئوليته مسبقاً بموجب شرط في العقد بالنص على أنه لن يكون مسئولا عن الأضرار أو الغرامة أو غيرها في حالة ما إذا كان التأخير ناتجاً عن التأخير من قبل المالك أو العميل.

٤ – شرط ينص على الإعفاء من المسئولية عن التأخير الناتج عن القوة القاهرة أو الظروف الطارئة Force Majeure or Change of Circumstances Clause ويعني هذا الإعفاء من المسئولية عندما يُعزى التأخير في التنفيذ أو عدم التنفيذ إلى سبب خارج عن إرادة وتحكم الطرف المعني بالتنفيذ أو يكون راجعًا إلى ظروف غير متوقعة أدت إلى جعل التنفيذ أكثر تكلفة وخسارة على المقاول . مثل هذا الشرط يهدف إلى الحد من المسئولية أو الإعفاء منها ، أو على الأقل تعديل مسئولية الأطراف المتعاقدة في حالة حدوث صعوبات أو في حالة القوة القاهرة . هذا وفي أغلب الدول الآخذة بالقانون المدني مثل هذا الإعفاء أو مثل هذه الخسارة الناتجة عن القوة القاهرة مستثناة بقوة القانون لذلك فوجودها غير ذي موضوع وزيادة غير مرغوب فيها [٦] . ولكن قد يكون هناك محاولة من قبل الأطراف أو أحدهم لتفسير ما تعنيه عبارة تغيير الظروف أو القوة القاهرة في العقد وتحديد معناها إلى حالات قد لا تنطبق عليها بمعناها المعتاد [٧] . مثال على ذلك النزاعات العمالية ، تعديل نسبة الجمارك أو تغير وتقلب الأسعار أو سعر الصرف أو تغيُرالأنظمة المنظمة له .... إلخ .

٥ – شرط الإعفاء من المسئولية بصفة عامة Overall Limitation of Liability Clause هذا الشرط يهدف إلى تفادي الحالات التي تكون فيها الغرامة متجاوزة للحد المعقول ، بصرف النظر عن الاحتياطات الأخرى. مثال على ذلك عندما تكون الغرامة أو الضرر أعلى من الفائدة أو الأرباح الإجمالية المرجوّة أو المتوقعة من العمل أو أعلى من القيمة الحقيقية للعقد . فتحديد المسئولية هنا يهدف إلى تحديد مبلغ المسئولية لكل الالتزامات ، أو الضمانات ، أو التأمينات أو التعويضات، سواء كانت صراحة ، أو ضمنًا بمبلغ محددٍ مسبقًا .

رابعًا : شرط أو فقرة تتعلق بتحويل المخاطر : Transfer of Risks فى كثير من التشريعات ، وفى غياب شرط فى العقد ينص على عكس ذلك ، تكون المخاطر على المشترى فى عقد البيوع الدولى للبضائع فى وقت انتقال الملكية للبضاعة ، ولكن الأطراف ربما يعمدون إلى حل غير ذلك . مثال على ذلك اشتراط أن تنتقل المخاطر إلى المشترى عندما تغادر البضاعة مواقع البائع ، بينما تنتقل ملكية البضاعة إلى المشترى عندما يدفع الثمن إلى البائع .

خامسًا : شرط يتعلق بما يوفره العقد من شروط تعاقدية تتعلق بالخطوات والوسائل التى يمكن اتباعها فى حالة الاخلال بالالتزام بتنفيذ الضمانات أو الشروط التى قد تؤدى ، وفقًا للقانون أو القواعد المطبقة على الموضوع ، إلى اتباع خطوات ووسائل متنوعة لها ؛ مثل الحق فى إنهاء العقد دون الحاجة إلى اتباع شرط إعطاء إشعار بذلك ، أو الحق فى التصريح أو إعلان أن العقد باطل أو ملغى ، أو الحق فى البدء فى اتخاذ إجراءات قضائية بهدف إعلان أن العقد باطل أو ملغى بواسطة المحكمة المختصة ، أو الحق فى طلب التعويض ، أو الحق فى تنفيذ العقد بواسطة طرف ثالث على حساب المتعاقد ، فقد يكون من مصلحة أحد الأطراف استثناء بعض الطرق والوسائل بالاشتراط مبدئيًا فى العقد بأن مثل هذه الطرق سوف لن تكون متوفرة للشخص حتى للطرف غير المتأخر أو المخطئ ؛ مثال ذلك الحق فى إنهاء العقد أو إلغائه أو التصريح أو طلب التصريح باعتباره ملغيًا ، وقد يكون هذا فى بعض الأحيان علاج يجب تجنبه آخذين بعين الاعتبار العواقب الوخيمة التى قد تنتج عن ذلك . فإذا كان الإنهاء قد تم استثناؤه غالبًا ما يكون العلاج المتبقى هو التعويض الذى يمكن تحديده بمبلغ أعلى .

سادسًا : شرط يتعلق باتخاذ طرق غير مباشرة للحد من المسئولية والالتزامات : مثل تحديد الشروط التى بوجودها يمكن تقديم على أساس المسئولية العقدية كما يلى :

أ) شروط تتعلق بتقديم الشكوى مثل :

– الالتزام بفحص البضاعة خلال وقت محدد فإذا لم يتم ذلك يسقط الحق فى تقديم الشكوى .

- الالتزام بالإبلاغ عن العيوب الخفية أو الأضرار الناتجة عنها في خلال وقت محدد بعد الاستلام للبضاعة أو ملاحظة العيوب .
- أن يكون فى حدود فترة الضمان المنصوص عليها فى العقد بحيث تشمل كل البضاعة وأجزائها .
- الالتزام بإرسال الشكوى إلى الطرف الآخر بواسطة محددة ومضمونة .
- تحديد معنى البضاعة دون عيوب وذلك بأن يحدد متى تعتبر البضاعة متوافقة مع العقد وبدون عيوب .
- تحديد الشروط والحالات التى تعطى الأطراف أو أياً منهم الحق فى إنهاء العقد .

ب) شروط تتعلق بالإشعار المسبق وذلك فى حالة ما إذا كان هناك التزام بإعطاء إشعار بالإخلال أو العيوب إلى الطرف الآخر سواء مع احتمال الإصلاح أو بدونه فى حدود فترة معينة قبل أن يتم اللجوء إلى الوسيلة أو الطريقة المنصوص عليها فى العقد أو القانون فى حالة الاخلال بالالتزام .

جـ) التحذير وتحديد الاستخدام ، ففى كثير من الأحيان هناك كثير من البضائع والمعدات عليها تحذير معين يجب الالتزام به حتى يمكن استخدامه الاستخدام الأمثل والتى إذا لم يتم اتباعها لن يكون هناك مجال لطلب التعويض . كما لن يكون هناك مجال للإعفاء من المسئولية فى حالة سوء الاستخدام من قبل مشترى البضاعة أو السلعة .

د) شرط وضع حد أعلى لمبلغ التعويض الذى يمكن المطالبة به وهذا يعنى إعفاء من المسئولية عن أى مبلغ يزيد عن المبلغ المشروط فى العقد أو اشتراط أن المسئولية محددة بقيمة الجزء المعيب فقط والذى يمكن تغييره أو استبداله .

من خلال ما تقدم نجد أن الشروط التى يمكن وضعها والنص عليها للإعفاء من المسئولية لا حدود لها لذلك لابد من وضع إطار عام لتحديد المسئولية ، وتعريف الضمانات تعريفًا دقيقًا ، سواء كانت ضمانات ضمنية أو صريحة . وهناك من يحاول أن يستثنى المسئولية أو يحد منها بقدر الإمكان فى نصوص العقد فإذا لم يكن ذلك ممكنًا يضع شروطًا قاسية ودقيقة لتحقق هذه المسئولية ، أو إعطاء الطرف الوقت

الكافى لإصلاح الضرر أو الخطأ من خلال اشتراط الحصول على إشعار بهذا الخطأ أو الضرر فى خلال فترة محددة ومعقولة مما يعنى استثناء العلاج المباشر .

من خلال ما تقدم نرى أن على من يقوم بصياغة نصوص العقد حال تعامله مع الاعفاء من المسئولية لابد وأن يأخذ بعين الاعتبار ما يلى :

١ - قبل أن يقرر صراحة صياغة نص أو مادة تنص صراحة على الإعفاء من المسئولية عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، يجب عليه معرفة القانون أو قراءة السوابق القضائية حول هذه المواضيع حتى لا يعرض شرط أو مادة الإعفاء التى سيقوم بصياغتها للإلغاء من قبل المحكمة وفقًا للقانون ويمكنه أن يتفادى معضلة الإلغاء بأن يقوم بالتضييق من نطاق الالتزامات فى العقد . مثلاً فى عقد البيع الدولى للبضائع، الاستيراد والتصدير أو ما شابهها من العقود التجارية الدولية عوضًا عن طريق استخدام مادة الإعفاء من المسئولية للتهرب منها فيما لو أخل بتسليم البضاعة أو إنجاز العمل المتعاقد عليه فى الوقت المحدد المنصوص عليه فى العقد ، يمكن له أن يضع مادة تنص بكل بوضوح على أنه ليس هناك تاريخ محدد ومنصوص عليه صراحة للتسليم وإنما يستخدم عبارة أن يقوم بالمحاولات المعقولة Reasonable Efforts and Endeavor للتسليم فى التاريخ المنصوص عليه .

٢ - يجب أولا تحديد ما هى الضمانات والتعهدات والتأمينات التى يجب تضمينها فى العقد وفقًا للقانون الواجب التطبيق عليه وطبيعة ونوع العقد ، وما نتج عن المفاوضات بين الأطراف ، ويجب أن يتم تضمينها صراحة فى العقد .

٣ - يجب أن يتم وضع نص أو تضمين عبارة فى الشروط الصريحة التى تنص صراحة على إعفاء كل الضمانات والتعهدات والتأمينات أو المسئوليات التى ربما تفرض ضمنًا بموجب القانون أو بموجب مفاوضات سابقة بين الأطراف فيما يتعلق بالمواضيع والمشاكل المغطاة بموجب الفقرة (٢) أعلاه .

٤ - بموجب ما هو منصوص عليه فى الفقرة (٣) أعلاه يجب تحديد وتقرير ما إذا كان مجال ونطاق أى تحديد مستقبلى للمسئولية مرغوب فيه وممكن تحقيقه ، ومن ثم يتم تضمينه فى فقرات منفصلة . مثل هذه المسئولية تتعلق بالقوة القاهرة ، الخسارة الاقتصادية ، الشروط الجزائية وغيرها .

٥ – على من يقوم بالصياغة أن يتجنب النص على مادة عامة تعفى من المسئولية يكون لها غطاء واسع. لأن مثل هذه المادة إذا تم إلغاؤها أو اعتبارها باطلة وغير قانونية من قبل المحكمة المختصة سوف يتم فقدان كل الحماية المفترضة من قبل الأطراف أو الطرف المعنى بها. لذلك من المستحسن دائمًا استعمال أسلوب التعددية فى مثل هذه المسائل وذلك بصياغة عدد من المواد التى تستثنى من المسئولية كلاً على حدة . فإذا تم اعتبار واحدة منها أو أكثر باطلة أو غير قانونية ومن ثم لاغية بواسطة المحكمة المختصة فالبقية ربما تبقى نافذة ومن ثم فاعلة فى تخفيف عبء المسئولية .

٦ – يجب ألا يكون الطرف مبالغًا وجشعًا فى وضع مثل هذه النصوص ، فمن الأفضل القناعة بالحماية القليلة والمعقولة التى تكون نافذة قانونًا على أن يذهب إلى أبعد من ذلك ومن ثم يفقد كل الحق فى ذلك.

٧ – يجب أن تتم الصياغة دائمًا بأقصى درجة من الوضوح ، كما أنه لابد من الوضع بعين الاعتبار أن مثل هذه المواد سوف لن تستخدم إلا فى حالة عدم الاتفاق بين الأطراف .

الهوامش

(١) David Yates & A. J. Hawkins : Standard Business Contracts : Exclusion and Related Devices, p. 4, (Sweet & Maxwell, 1986).

(٢) Richard Christou, op. cit., p. 96.

Robert Montago : Drafting International Commercial Contracts : A Practical Reference Manual, p. 115, Euro Conference Publication, (1990).

(٣) Robert Montago, op. cit., p. 115.

(٤) فى بريطانيا هناك ما يسمى بشروط العقد الغير عادلة والتى تنص على :

"Unfair Contract Terms Act 1977 Section 2 (1) : "A Person can not by reference to any contract or to a notice give to persons generally or particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from his Negligence".

(٥) S. Ezer : International Exporting Agreements, Paragraph 12.05, Matthew Bender, (1989).

(٦) Richard Christou, op. cit., p. 107-112.

(٧) David Yates & A. J. Hawkins, op. cit., p. 103-118.

الفصل الثانى
ضمانات الأطراف فى العقد التجارى الدولى

سبق أن تحدثنا فى الباب الخامس عن الوضوح فى الصياغة لفقرات وشروط العقد التجارى الدولى والذى يهدف بدوره إلى التحقق من الثمن وطريقة الدفع . ولكن على الرغم من وضوح الصياغة لهذا الشرط فى كثير من الأحيان فأحد الطرفين فى العقد التجارى الدولى أو كليهما قد لا يكون آمنًا على حصوله على حقوقه كاملة . والطرف الذى قام بالعمل يجب أن يضمن حصوله على حقه كاملاً وفقًا لما هو منصوص عليه فى العقد ، وكذلك الطرف الذى يقوم بدفع المبلغ قد لا يكون آمنا أن الذى سوف يقوم بالعمل سيقوم به على الوجه المطلوب والمنصوص عليه فى العقد لذلك نشأت فكرة الاعتماد المستندى والضمانات ، وقد تحدثنا عن طريقة دفع الثمن بواسطة الاعتماد المستندى فى الباب السابق ، وهنا سوف نتحدث عن ضمانات التنفيذ من قبل من يقوم بالعمل . هذه الضمانات عادة تقدم من قبل طرف ثالث يضمن أن المتعاقد معه سوف يقوم بما التزم به على الوجه الأكمل كما سوف نوضحه هنا .

أولاً - أنواع الضمانات :

فكرة الضمان نشأت لتنفيذ الالتزامات منذ عهد بعيد وكانت تتمثل فى الضمان العام الذى يلتزم به الدائن فى أمواله جميعًا للمدين لوحدة الذمة المالية للمدين عملاً بالقاعدة الشرعية التى تقضى بأن «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه» (١) ، كما أن من أقوال الرسول الكريم «لا تركة إلا بعد سداد الديون» . وقد نهجت القوانين الوضعية نفس النهج ونصت على أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون (٢) . وهذا هو الضمان العام الذى يعنى أن المدين ملزم فى كل ماله بدفع الديون التى عليه أولاً . ولكن مثل هذا الضمان العام قد لا يكون مجديًا وكافيًا فى حماية الدائنين مما تطلب معه وجود ضمان إضافى خاص بموجبه يتعهد شخص آخر بضم ذمته إلى ذمة المدين فى سداد الدين ويكون التزامه فى هذه الحالة التزامًا شخصيًا . وقد وجد أساس هذا الالتزام الشخصى فيما يتعلق بتنفيذ التزامات الغير فى الفقه الإسلامى . مثلا؛ فى

الكفالة حيث يكون الكفيل كفيلاً للملتزم الأصلى كفالة غرم وأداء ويقوم بأداء ما على مكفوله من التزامات واجبة الدفع أو التنفيذ فى حالة إخفاق المكفول فى تنفيذها . وهذا يعنى تعدد المدينين بالنسبة للدائن ليضمن حصوله على حقوقه كاملة. أما الضمان العينى فيتمثل فى الرهن وحق الامتياز على أملاك المدين . والرهن مشروع فى الإسلام وأدلته كثيرة فى الكتاب والسنة والإجماع . ففى القرآن الكريم قال تعالى «وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبًا فرهان مقبوضة» [٣] . وفى السنة المطهرة مارواه البخارى ومسلم رضى الله عنهما من حديث عائشة رضى الله عنها أنها قالت «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاماً ورهنه درعًا من حديد» ، و حديث أنس رضى الله عنه أنه قال «رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعًا عند يهودى بالمدينة ، وأخذ منه شعيراً لأهله» [٤] . ولاشك فى أن الحكمة من تشريع الرهن هى توثيق الديون ، ليتم تسهيل القروض [٥] .

والرهن كما عرّفه فقهاء المسلمين هو «جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه» [٦] ، أو هو «المال الذى يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إذا تعذر استيفاؤه ممن هو عليه» [٧] ، أو هو «شىء معقول يؤخذ من مالكه ، توثقًا به ، فى دين لازم، أو صار إلى اللزوم ، أى أنه تعاقد على أخذ شىء من الأموال عينًا كالعقار والحيوان والعروض (السلع) أو منفعة ، على أن تكون المنفعة مقيدة بزمن أو عمل ، وعلى أن تحتسب من الدين . ولابد أن يكون الدين لازمًا كثمن مبيع أو بدل قرض ، أو قيمة متلف ، أو آيلا إلى اللزوم ، كأخذ رهن من صانع أو مستعير خوفًا من ادعاء ضياع ، فيكون الرهن فى القيمة على ما يلزم» [٨] . وعلى الرغم مما لهذه التأمينات من ميزة كبيرة تتمثل فى وجود حق عينى كرهينة لتنفيذ الالتزام باعتباره مالاً يمكن التنفيذ عليه فى أى يد يكون إلا أن التأمينات الشخصية أخذت فى البروز فى المجتمعات الحديثة نظراً لتطور المفاهيم القانونية التى تحكم التنفيذ عليها ولما لها من ميزة فى سهولة التعامل فى التجارة خاصة عندما لا يكون هناك حق أو شىء عينى يمكن رهنه كضمان لتنفيذ الالتزام . يضاف إلى ذلك أن التعاملات التجارية الدولية تتطلب السرعة والمرونة فى التعامل والتنفيذ وما يستلزم ذلك من وجود الثقة الشخصية بين المتعاملين مما وطد التأمينات الشخصية بين التجار خاصة بعد تطور النظام المصرفى ووضع

الضوابط الدولية اللازمة التى تتطلبها طبيعة المعاملات التجارية الدولية وتبسيط التعاملات البنكية بين الدول (٩) .

والتأمينات الشخصية فى التعاملات التجارية الدولية تتمثل فى الكفالات والضمانات المصرفية التى تقدمها البنوك ، والمؤسسات المصرفية، وشركات التأمين أو الشركات المتخصصة فى هذا الشأن ، لتنفيذ العقد التجارى الدولى أو أى عقد تجارى آخر . والكفالة تعنى كما سبق وأن أشرنا ، ضم ذمتين ماليتين معًا كضمان لتنفيذ الالتزام محل الكفالة . وهى مشروعة فى الفقه الإسلامى ، وعرفها الجمهور بأنها «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه فى التزام الحق ، أى فى الدين، فيثبت الدين فى ذمتهما جميعًا» (١٠) .

وتعتبر الكفالة فى أغلب القوانين الوضعية عقداً من عقود التبرع يخضع لأحكام القانون المدنى باعتبارها تصرفًا مدنيًا ما دام الكفيل يقوم بهذا العمل تبرعًا دون غرض الربح والكسب حتى ولو كان المكفول تاجرا أو المكفول به عملاً تجاريًا مع بعض الاستثناءات (١١) .

وهناك من يفصل فى الأمر ويعتبر الضمان صورة من صور الكفالات (١٢) . ولكن نحن نرى أنه مع تطور النظام البنكى العالمى تطورت الأعمال التى تقوم بها البنوك ومن ضمنها الكفالات التى تقدمها لعملائها فى المعاملات التجارية الدولية حتى أصبحت الكفالات والضمانات مترادفان فى العرف البنكى تختلف عن مفهومها فى القانون المدنى .

ثانيا - الضمان البنكى فى العقود التجارية الدولية

تظهر أهمية الضمانات البنكية فى التجارة الدولية بصورة جلية فى خطابات الضمان التى تصدرها البنوك لضمان تنفيذ العقد التجارى الدولى. وقد ورد ذكر خطابات الضمان فى نشرة مصطلحات التجارة الدولية الصادرة عام ١٩٥٣م وهى ما تعرف اختصاراً بـ INCOTERMS حيث عرفت خطاب الضمان فيما يتعلق بعقود النقل الدولى للبضائع عن طريق البحار وبوليصة الشحن بأنه «تعهد يعطيه للناقل مورد

المبحث الأول
ماهية خطاب الضمان وأهميته

تلعب الضمانات دوراً هاماً فى الحياة الاقتصادية الدولية نظراً لما تحققه لأطراف العلاقة فى العقد التجارى الدولى من مصلحة وأمان على حقوق كل طرف . وفى التجارة الدولية يتميز خطاب الضمان عن غيره من صور الضمانات والكفالات الأخرى لما له من خصائص من أهمها استقلاليته عن العلاقة التعاقدية التى كانت سبباً فى صدوره ، لأن عملية الضمان وسيلة استقر عليها العرف المصرفى بهدف تقديم خدمة للعملاء من قبل المصارف ، كما استقر عليها العرف التجارى على اعتبارها مستقلة عن أى تعامل آخر . لذلك فالضمان فى التجارة الدولية هو الضمان الذى يُعْطى من قبل طرف ثالث بالنيابة عن البائع أو المورد أو المتعاقد (١٤) .

وتقوم البنوك بصفة عامة وشركات التأمين والشركات المتخصصة بإصدار الضمانات فى بعض البلدان ذات الثقل الاقتصادى بدور هام وكبير فى إصدار خطابات الضمان فى العقود التجارية الدولية . ويصدر خطاب الضمان عادة بعد الاتفاق بين عدة أطراف يكون أحدهما بنك أو مؤسسة مالية أو شركة تأمين أو شركة متخصصة فى إصدار الضمانات ومعترف بها دولياً (١٥) ، بموجبه يترتب على عاتق كل طرف التزامات معينة ، ولكن الغالب أن يكون مصدر خطاب الضمان بنكاً أو شركة تأمين معروفة ، بموجبه يلتزم المصدر التزاماً مستقلاً عن أية علاقة بين العميل طالب إصدار الخطاب وبين المستفيد ، ومن ثم فإن المبلغ المذكور فى خطاب الضمان يكون قابلاً للدفع بمجرد طلبه من قبل مستفيد دون حاجة لأخذ إذن العميل طالب إصدار الخطاب ذاته ، وهذا يقودنا إلى تعريف خطاب الضمان كما جرى عليه العرف فى التجارة الدولية بأنه :

«تعهد مصرفى لدفع مبلغ من النقود عند أول طلب من المستفيد بالتطبيق لنصوص التعهد دون إمكانية التمسك بأى دفع من عقد الأساس مع التحفظ بالنسبة لحالة الغش» ، أو هو «تعهد كتابى صادر عن البنك بناء على طلب عميله يلتزم فيه لصالح

هذا العميل فى مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع مبلغًا معينًا إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد فى الخطاب» (١٦) ، أو هو «علاقة قانونية فيما بين البنك والمستفيد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب خلال مدة محددة» (١٧) .

ونجد أن هناك قلة من التشريعات العربية تعرضت لتعريف وتنظيم خطابات الضمان فى نصوص قانونية محددة ، كالقانون التجارى الكويتى الذى نص على تنظيم علاقات الأطراف فى عملية خطاب الضمان بعد أن عرّفه بأنه «تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب ، ويوضح فى خطاب الضمان الغرض الذى صدر من أجله» (١٨) .

كما نص القانون العراقى على تعريف خطاب الضمان بأنه «تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب ، ويحدد فى خطاب الضمان الغرض الذى صدر من أجله» (١٩) . وقد ذهب القانون العراقى إلى أبعد من ذلك حيث نص على أنه «لا يجوز للمصرف أن يرفض الأداء بسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالآمر أو المستفيد أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد» ، كما أن ذمة المصرف تبرأ بمجرد الدفع حيث نص على براءة ذمة المصرف بقوله «تبرأ ذمة المصرف تجاه المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها (٢٠) » .

كما عرف قانون التجارة العمانى خطاب الضمان على أنه « تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب ، ويوضح فى الخطاب الغرض الذى صدر من أجله (٢١) » .

أما غرفة التجارة الدولية ICC فقد أعدّت مشروعًا لتنظيم الضمانات فى عقود التجارة الدولية Uniform Rules for Contract Guarantees نصت المادة الأولى منه على

نطاق تطبيق هذه القواعد ، وتحدثت المادة الثانية منه عن تعريف الضمان وتحدثت باقى النصوص عن طبيعة خطابات الضمان ومسئولية البنك وموعد المطالبة من المستفيد وشروط الضمان بصفة عامة وأحكام انقضاء الضمان . وجاء تعريف خطاب الضمان وفقًا لهذه القواعد على أن :

«ضمان العطاء يعنى تعهدًا يعطى بواسطة بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر (الضامن) بناء على طلب مقدم عطاء (الأصيل) ، ومغطى بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر طلب إليه ذلك بواسطة الأصيل (الطرف معطى التعليمات) إلى طرف داع إلى تقديم العطاء (المستفيد) بمقتضاه يتعهد الضامن فى حالة إخفاق الأصيل فى تنفيذ الالتزامات الناشئة عن تقديم العطاء ، بأن يدفع إلى المستفيد فى حدود مبلغ معين من النقود» (٢٢) ، ومن هذا يتضح أن طبيعة خطاب الضمان أنه نهائى وبات ومستقل عن التعاقدات الأخرى (٢٣) .

ويصدر خطاب الضمان عادة بعد الاتفاق بين عدة أطراف هى البنك ، البائع ، المشترى والذى بموجبه يترتب على عاتق كل طرف التزامات معينة . والعملية التى عادة يصدر الخطاب بشأنها تتضمن ثلاثة أطراف أو أكثر أولها : البنك أو المؤسسة المصرفية أو شركة التأمين المصدرة للخطاب ، والثانى الآمر وهو طالب إصدار خطاب الضمان ، والثالث هو المستفيد من هذا الضمان سواء كان المشترى أو رب العمل أو صاحب المشروع .

وعلاقة الآمر بالمستفيد من الخطاب هى الأساس الذى بموجبه تم إصدار خطاب الضمان وهذه العلاقة تنشأ عن عقد عمل فى مشروع أو عملية تجارية بموجبها التزم الآمر أن يقدم ضمانًا للمستفيد بناء على طلبه . وتقديم الضمان هذا يتطلب من الآمر البحث عن طرف ثالث ليضمنه فى تنفيذ التزاماته وقد يكون هذا الطرف بنكًا أو شركة تأمين ، يقوم بدوره بإصدار خطاب الضمان بناء على طلب الآمر لصالح المستفيد ، وعادة يلجأ الآمر إلى البنك أو جهة متخصصة فى إصدار الضمانات لأنه يحتاج إلى شخص ملىء لإصدار الضمان ومن ثم تنشأ علاقة جديدة بين الآمر والجهة المصدرة بموجب عقد إصدار خطاب الضمان . وعقد إصدار خطاب الضمان هذا بموجبه يتعهد البنك بتقديم ضمانه بإصدار خطاب لمصلحة المستفيد الذى يحدده العميل طالب

إصدار خطاب الضمان ، فالبنك يقوم بإصدار خطاب الضمان ووضع توقيعه عليه ومن ثم يحل هذا الخطاب محل التأمين النقدى الذى التزم به العميل (الآمر) فى أى عقد سواء عقد مقاولات ، أو تعهدات أو استيراد أو تصدير أو غير ذلك من عقود التجارة الدولية [٢٤] .

وأهمية خطابات الضمان فى ضمان تنفيذ العقود التجارية الدولية تتجلى فى حاجة الأطراف إليها فى علاقاتهم التجارية الدولية لما تؤديه من دور كبير فى حماية والتأكد من أن الطرف الآخر سوف ينفذ التزاماته التعاقدية كما تم الاتفاق عليها دون تأخير أو مماطلة [٢٥] .

كذلك تنبع أهمية خطابات الضمان من الفوائد التى يقدمها لأطراف العقد والعلاقة التجارية . فمثلا؛ يستفيد البنك أو الجهة المالية المصدرة لخطاب الضمان من الفوائد التى يحصل عليها كعمولة لإصدار خطاب الضمان ويستفيد طالب خطاب الضمان سواء كان تاجرًا أو مقاولاً من خطاب الضمان حيث يحصل على الخطاب مع احتفاظه بنقوده ، ويستعيض عنها بخطاب الضمان مما يعنى أن صاحب الطلب لن يخسر بتجميد مبالغ معينة كتأمين لتنفيذ التزاماته التعاقدية كما أن المستفيد من خطاب الضمان وهو الشخص الذى صدر خطاب الضمان لصالحه يطمئن إلى أن التزامات الطرف الآخر سوف تنفذ وإلا فإن له الحق فى طلب سحب المبلغ المنصوص عليه فى خطاب الضمان كتعويض عن إخفاق الطرف الآخر فى تنفيذ التزاماته التعاقدية .

وفى خطابات الضمان لا يقوم البنك بتقديم أى مبلغ من النقود إلى العميل طالب إصدار خطاب الضمان وإنما يتعهد بأن يدفع عنه لمصلحة شخص آخر ، يعينه العميل ، المبلغ المنصوص عليه فى خطاب الضمان متى طلبه هذا الشخص المعيَّن من قبل العميل ويسمى المستفيد . أيضًا لا يحتاج البنك إلى التحقق من إخلال العميل بالتزاماته التعاقدية ليقدم للمستفيد المبلغ وإنما بمجرد طلبه يتوجب عليه الدفع حتى ولو كان هناك معارضة من العميل مادام أن المستفيد تقدم بالطلب لكامل المبلغ قبل انقضاء مدة الخطاب [٢٦] .

وتستعمل خطابات الضمان فى الغالب فى :

١- عقود الأشغال العامة بمناسبة العطاءات الحكومية حيث يشترط النظام تقديم ضمان ابتدائى أو نهائى على من يرسو عليه العطاء [٢٧] .

٢ - فى عملية الاستيراد لبضاعة من الخارج ، وبهذا يقترن بفتح الاعتماد المستندى ويكون ذلك فى حالة ما إذا طلب البائع المصدر فتح اعتماد بثمن البضاعة .

٣- فى عقد الوكالة بالعمولة ، يطلب الموكل أو الشركة الأجنبية من الوكيل بالعمولة تقديم خطاب ضمان بقيمة البضائع المرسلة له والتى وُكِّل فى بيعها لحساب الموكل .

٤- فى حالة تأمين الدفعة الأولى المقدمة فى بعض المشاريع . وهى الدفعة التى تقدم من صاحب العمل للمقاول الذى بدوره يلتزم بتقديم خطاب ضمان لصاحب العمل فى مقابل الحصول على الدفعة الأولى Advance Payment [٢٨] .

وكما هو الحال بالنسبة لعقود الإنشاءات ، أيضًا فى عقود البيع الدولى للبضائع نجد أن نفس الاعتبارات لها نفس القيمة . فالمشترى الذى غالبًا ما يشترى البضاعة دون أن يراها وفى نفس الوقت ملزم بدفع الثمن بواسطة اعتماد مستندى سوف يستخدم الضمان كصمام أمان لضمان عدم التأخر فى التسليم أو تسليم بضاعة ليست وفقًا لشروط ونصوص العقد ومواصفاته ، أو كضمان ضد الغش فى التنفيذ كما هو الحال بالنسبة إلى ضمان حسن التنفيذ الذى يعتبر مهماً جدًا خاصة إذا كان التمسك بالوقت المحدد فى العقد له أهمية كبيرة فى النجاح أو الفشل والخسارة ، أو فى إنجاز الأعمال التى كلف بها المتعاقد كما هو الحال فى عقود الإنشاءات الحكومية التى ترغب الجهة صاحبة المشروع فى التأكد من أن المتعاقد معها سوف ينفذ التزاماته العقدية وفقًا لشروط العطاء ومن ثم ضمان حسن التنفيذ ضرورى فى مثل هذه العقود [٢٩] .

وتبدأ عملية إصدار خطاب ضمان مصرفى لأى عقد تجارى بوجود عقد أساسى بين طرفين يلتزم كل طرف بتنفيذ التزامات معينة ، ويكون ذلك عندما يتقدم تاجر معين عميل لبنك بطلب إصدار خطاب ضمان لمصلحة المستفيد أو التاجر الآخر أو المتعاقد الآخر عندما يطلب الأخير تقديم ضمان أو تأمين معين يضمن حقوقه وتنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته معه بالدفع . فعميل البنك يتقدم بطلب فتح خطاب ضمان يقوم البنك أو الجهة المصدرة له بدراسته ومن ثم إصداره بالشروط التى يحددها العميل أو طالب خطاب الاعتماد وفق ما يرضى المستفيد ، لأن المستفيد يطلب تقديم خطاب ضمان

بالشروط التى يرى أنها كافية لضمان الوفاء بالتزامات العميل أو المتعاقد معه . وفى الخطاب يتعهد البنك أو مصدر خطاب الضمان بأن يدفع للمستفيد المبلغ المنصوص عليه فى خطاب الضمان فيما لو تخلف العميل عن تنفيذ التزاماته التعاقدية ويكون الدفع عند أول طلب من قبل المستفيد ودون أن يكون هناك أية معارضة من البنك خلال فترة خطاب الضمان . ويُعَدَ التزام البنك هذا التزامًا مستقلاً عن التزام العميل فى مواجهة المستفيد ولكنه التزام ثانوى لا ينشأ إلا فى حالة ما إذا تخلف العميل عن تنفيذ التزاماته ، لأن خطاب الضمان فى حقيقة الأمر صورة من صور الكفالات البنكية التى استحدثها العرف المصرفى لتسهيل عملية التبادل التجارى الدولى [٣٠] .

والعلاقة بين الآمر طالب إصدار خطاب الضمان وبين الجهة المصدرة للخطاب عادة ما تكون علاقة مستمرة من قبل بين الطرفين إما باعتبار الآمر عميلاً للبنك المصدر له تعاملات سابقة معه ومن ضمنها طلبه إصدار خطاب ضمان لصالح شخص آخر . أو أن تكون هذه العلاقة نشأت إبتداءً بسبب طلبه إصدار خطاب الضمان ذاته لأن الآمر لابد وأن يلجأ إلى شخص ملىء يرضى به المستفيد من الخطاب ليضمن له الوفاء ويحل محل الآمر ، من ثم نشأت العلاقة الجديدة بين المستفيد والبنك أو المصدر للخطاب ، حيث يتعهد فى خطاب الضمان بإصداره لصالح المستفيد . وهذه العلاقة تنشأ بمجرد موافقة البنك على إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد وتوجيه خطاب للمستفيد بالشروط التى سبق وأن تم الاتفاق عليها بين المستفيد والآمر . وبموجب عقد الضمان هذا لصالح المستفيد يلتزم البنك بأن يدفع للمستفيد قيمة خطاب الضمان خلال مدة محددة إذا طلب المستفيد ذلك .

والضمان البنكى يكون ضروريًا عندما يكون هناك احتمال فى عدم تنفيذ الالتزامات من قبل أحد الأطراف فى العقد التجارى الدولى . وهذا قد يحدث مثلاً عندما يكون أحد أطراف العقد مُصِرًا على خطاب الضمان وعلى أن يقوم بتقديم دفعة أولى على الحساب إلى الطرف المتعاقد الآخر . كما أن خطاب الضمان غالبًا ما يطلب كضمان مقابل Counter Guarantee لفتح الاعتماد المستندى لصالح الطرف الآخر فى العقد التجارى الدولى [٣١] .

وتتميز خطابات الضمان بالاستقلالية لأن الالتزامات التى ينشئها خطاب الضمان

مستقلة عن أى التزامات أخرى فى أى علاقة تعاقدية بين الأطراف ولو كانت ذات صلة بإصدار خطاب الضمان نفسه . بمعنى أنه يمتنع على البنك الذى التزم بموجب خطاب الضمان لصالح المستفيد بدفع مبلغ من النقود فى حالة تخلف الآمر عن تنفيذ التزاماته وألا يمتنع عن دفع خطاب الضمان حتى ولو طلب العميل ذلك بأى سبب شريطة أن يكون طلب المستفيد فى حدود المدة المحددة فى خطاب الضمان ذاته (٣٢) . من ذلك نستنتج أن التزام البنك التزام قائم بذاته يوجب عليه الأداء ولو بطل التزام العميل قبل المستفيد أو فُسِخ ، وبناء على ذلك فأى رأى أو تفسير يهدف إلى ربط التزام البنك بالتزام العميل أو إلى إقامة علاقة السببية بينهما ينبغى أن يستبعد لأنه يقوض خطابات الضمان من أساسها ويقضى على الفائدة المرجوة منها (٣٣) .

ويمتاز خطاب الضمان بالفورية فى السداد . أى السداد الفورى حال طلب المستفيد دون مناقشة من قبل البنك للمستفيد عن مدى قيامه بتنفيذ التزاماته التعاقدية لصالح العميل ، ما لم يكن خطاب الضمان مشروطاً ، كأن يكون منصوصاً فيه على شرط بأن البنك لن يدفع للمستفيد إلا بعد التحقق من تنفيذ شروط معينة . وتنتهى صلاحية الخطاب بنهاية مدته المنصوص عليها فيه ، إذا طالب المستفيد بقيمة خطاب الضمان خلالها (٣٤) ، ولا تحدد مدة الخطاب إلا بموافقة العميل طالب إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد . كذلك من مميزات خطاب الضمان أنه ذو كفاية ذاتية ، بمعنى أن حامله لا يحتاج إلى إثبات حقه فيه إلى غير ذلك السند ، فهو يكفى بحد ذاته بما يتضمنه من البيانات للحكم على أساسه بما تضمنه (٣٥) .

ويمر خطاب الضمان بمراحل متعددة كما يلى :

١ – وجود عقد تجارى دولى بين طرفين ، يسمى الأول العميل والآخر المستفيد والذى بموجبه يترتب على عاتق العميل التزام بتقديم تأمين نقدى بناء على طلب المستفيد ليكون ضماناً لتنفيذ الالتزامات التى يرتبها العقد بين الطرفين على عاتق العميل .

٢ – عقد الاعتماد وهو العقد الناشئ عن فتح اعتماد بخطاب الضمان المبرم بين البنك أو المؤسسة المصرفية والعميل لمصلحة المستفيد وهذا العقد يعد عقداً مستقلاً عن العقد الأصلى بين العميل والمستفيد والذى يصدر خطاب الضمان لضمان تنفيذه .

٣ – العقد المبرم بين البنك المصدر لخطاب الضمان وبين المستفيد منه والذى يعتبر فى

منزلة الكفالة للعميل من قبل البنك لصالح المستفيد ، وهذا العقد ينعقد بإيجاب الكفيل الذى هو البنك [٣٦] .

ولأنه عادة يكون هناك بنكان مرتبطان بإصدار خطاب الضمان فى أى علاقة تجارية دولية فأطراف العلاقة لأى خطاب ضمان بنكى هم كالتالى :

١ - العميل وهو الطرف فى العقد التجارى الدولى الذى تعهد بالقيام بعمل معين مثلاً تصدير بضائع ، بيع ، أو التعاقد على القيام بعمل معين ، والذى بدوره يقوم بتقديم طلب إلى البنك للحصول على خطاب ضمان يصدره البنك ويتحمل العميل تكاليفه والمبلغ المنصوص عليه فيه .

٢ - المستفيد وهو الطرف الآخر فى العقد التجارى الدولى ، وغالبًا ما يكون المشترى ، أو صاحب المشروع أو العمل وعادة يكون من دولة أخرى تختلف عن دولة الطرف طالب إصدار خطاب الضمان . والمستفيد هو الذى يطلب الضمان البنكى لضمان أن الطرف الآخر فى العقد التجارى الدولى معه سوف يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية كما تم التعاقد عليها .

٣ - البنك المصدر لخطاب الضمان . وهذا البنك عادة ما يكون فى بلد طالب إصدار خطاب الضمان أو العميل الذى طلب إصدار خطاب الضمان لمصلحة المستفيد لضمان تنفيذ التزاماته التعاقدية . ويتم إصدار خطاب الضمان عادة من قبل البنك بعد حصوله على الضمانات المناسبة من قبل عميله مثل تقديم ضمان مقابل أو الخصم من حساب العميل أو بناء على سمعته وثقة البنك فيه .

٤ - البنك الوسيط أو المؤكد . وعادة ما يكون فى بلد المستفيد ، وقد يحصل أن يتم إصدار خطاب ضمان للمستفيد مباشرة دون اللجوء إلى بنك وسيط ، إلا أن المتعارف عليه هو اللجوء إلى بنك وسيط فى بلد المستفيد لتأكيد خطاب الضمان للمستفيد . والبنك الوسيط سوف يقوم بتبليغ المستفيد بأن هناك خطاب ضمان لصالحه من قبل البنك المصدر وغالبًا ما يكون قابلاً للدفع بمجرد إبرازه لدى البنك الوسيط . والبنك الوسيط أو المؤكد سوف يصدر ضمانه هو إلى المستفيد ، وللقيام بذلك سوف يقوم بعد الحصول على تعليمات البنك المصدر والذى عادة يقدم خطاب ضمان مقابل إلى البنك المؤكد فيما لو طلب المستفيد إصدار خطاب



الضمان أحيانًا ولغرض تخفيض تكاليف إصدار خطاب الضمان للعميل أو طالب إصدار خطاب الضمان يستخدم بنكًا له فرع فى بلد المستفيد لإصدار أو تأكيد خطاب الضمان فى مثل هذه الحالة ليس هناك حاجة لخطاب ضمان مقابل أو ما يسمى Counter Indemnity Guarantee لأن البنك واحد فى كل الحالات (٣٧) .

المبحث الثانى
أنواع خطابات الضمان

يصعب حصر أنواع الضمانات فى العقود التجارية الدولية نظرًا لأن المعاملات التجارية الدولية فى تطورها تنشئ وتكشف أنواعًا جديدة من هذه الضمانات وفقًا لمتطلبات الحاجة إليها . هذا التنوع يكون تلبية ووفقًا لطبيعة المعاملات التجارية والعقود التجارية الدولية .

وتضطلع البنوك والمؤسسات المالية وشركات التأمين بتقديم هذه الأنواع من خطابات الضمان أو ما شابهها من أنواع الكفالات التى تهدف إلى ضمان تنفيذ أطراف العقد التجارى الدولى للالتزامات التعاقدية فيه .

ومن أنواع الضمانات المتعارف عليها فى العقود سواء كانت داخلية أو خارجية هى ما تتطلبه بعض العقود الحكومية من وجوب تقديم ضمان معين عند التقدم للعطاء لضمان جدية الدخول فى المناقصات وهو ما يسمى الضمان الابتدائى . وعند رسو المناقصة أو العقد على المتعاقد هناك ضمانات أخرى يلزم تقديمها ، مثل الضمان النهائى أو ضمان حسن التنفيذ أو ضمانات الدفعة المقدمة الأولى ، وهى قد تكون ضمانات مشروطة وقد تكون غير مشروطة .

وفى أمريكا تفرض طبيعة النظام البنكى عدم صلاحية البنوك لأن تكون مصدراً لخطابات الضمان بمعناها المتعارف عليه ، فى الدول الأخرى ، لذا وجد ما يعرف بالاعتماد الاحتياطى (٣٨) Standby Letter of Credit .

وتختلف خطابات الضمان فى مضمونها ، فمنها ما يكون مشروطًا ، بخلاف ما هو

متعارف عليه من كون الضمان عادة غير مشروط . حيث إن الأصل فى خطاب الضمان أن يكون غير مشروطٍ أو معلقٍ على تحقق شرط معين أو إثبات إخلال العميل طالب إصدار خطاب ضمان لصالح شخص آخر بالتزام محدد على نحو يخول العميل أو البنك بعدم الالتزام بالوفاء ، إلا إذا أثبت المستفيد إخلال العميل بالتزاماته فى مواجهته فى العقود التجارية الدولية .

واختلف الرأى فى ذلك فهناك من يرى أن مثل هذه الشرط فى خطابات الضمان ينتقص من طبيعتها القانونية باعتبارها باتة ومنجزة ، ومن ثم فلا تعتبر خطابات ضمان لأن الالتزام فى خطاب الضمان فى مثل هذه الحالة يعتبر غير مستقل ، ومن ثم غير بات (٣٩) . والبعض يرى غير ذلك خاصة إذا كانت هذه الشروط لا تؤثر على استقلاليته التى هى أهم خصائصها الأساسية (٤٠) .

وتتحاشى البنوك عادة إصدار خطابات ضمان مشروطة حتى لا تدخل فى نزاع ينشأ عن العقد محل الضمان ، ولكن هناك بعض المؤسسات الأخرى مثل شركات التأمين أو الشركات المتخصصة فى إصدار الضمانات تقوم بإصدار مثل هذا النوع من الضمانات .

وخطاب الضمان إذا كان غير مشروط ، يلتزم البنك المصدر له قانونًا بالدفع للمستفيد بمجرد أن يطلب ذلك مدعّماً فقط بقول المستفيد من الخطاب أن العميل المصدر خطاب الضمان قد تخلف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية .

أما إذا كان الضمان مشروطًا فلا بد من تحقق الشرط حتى يتمكن المستفيد من الحصول على المبلغ المنصوص عليه فيه . أى لابد من أن يثبت المستفيد للبنك المصدر لخطاب الضمان أن عميل البنك المُصْدِر لخطاب الضمان قد تخلف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية معه ليستحق صرف خطاب الضمان ، كأن يبرز خطابًا من الطرف الذى تخلف يشهد فيه على نفسه بتخلفه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية التى التزم بها لصالح المستفيد من خطاب الضمان ، أو أن يبرز حكمًا قضائيًا أو قرارًا نهائيًا من هيئة تحكيم لمصلحة المستفيد (٤١) . وذلك لأن هذا الإثبات يمنع التعسف فى استعمال الحق فى طلب صرف خطاب الضمان ما لم يكن هناك تخلف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية .



وعلى العموم لابد أن يكون خطاب الضمان محدد المدة ، لأن تاريخ انتهاء خطاب الضمان شيء متعارف عليه وأساسي لأنه بنفاذ المدة تصبح التزامات البنك مُصْدِر خطاب الضمان غير موجودة ، كما أنه لابد لصرف المبلغ المنصوص عليه في خطاب الضمان أن يتلقى البنك طلباً بالدفع قبل نهاية المدة المنصوص عليها في الخطاب ذاته [٤٢] .

أما إذا كان خطاب الضمان غير مشروط وتنتهي مدة صلاحيته في تاريخ معين فإن تمديد المدة لابد وأن يكون له مبرر . كما أن تمديد فترة صلاحية الخطاب عادة ما تكون عندما يكون الخطاب صادراً لجهة حكومية كوزارة الأشغال العامة في ضمان لعطاء معين ويكون التمديد بسبب عدم الانتهاء من كافة العروض في حدود الوقت المسموح به . لأن طلب التمديد هنا قد يعطي الطرف الآخر الذي أصدر خطاب الضمان ، بناء على طلبه ، الفرصة لعلاج أي إخفاق في التزاماته التي تعاقد من أجل تنفيذها .

أولاً - خطاب الضمان الابتدائي :

يظهر هذا النوع جليًا في استخدامه في المناقصات والمزايدات الحكومية ، على الخصوص تلك التي تتعلق بعقود ومقاولات الإنشاء والاستيراد والخدمات والتجهيزات العسكرية ، حيث تستخدم خطابات الضمان في مراحل التقدم للعطاء وتقديم العروض ، لأن النظام أو القانون الخاص بذلك ينص عادة على وجوب تقديم مثل هذه الضمانات [٤٣] .كما يتجلى ذلك أيضًا في كثير من مناقصات المؤسسات والشركات التجارية والتي غالبًا ما تتضمن شرطًا ينص على كل من يرغب في التقدم للعطاء لمناقصة أو مزايدة أن يرفق بعرضه خطاب ضمان ابتدائي بقيمة معينة وهو ما يسمى Bid bond أو Tender Guarantee ، وهذا النوع من الضمانات عادة ما تكون مدته محدودة وقصيرة تنتهي بانتهاء الغرض منه بحيث يصادر هذا الضمان إذا لم يتقدم مقدمه بعرض للمناقصة أو المزايدة ، ولكنه يسترده إذا لم يكن ذا حظ في رسو العطاء عليه إما لعدم صلاحية عرضه أو وجود من هو أقل منه سعراً . أما إذا رُسِّيَ العقد عليه فسوف يكون ملزمًا باستبدال خطاب ضمان آخر به يسمى ضمان حسن التنفيذ أو الضمان النهائي وهو عادة ما يكون باستكمال المبلغ المطلوب أو تقديم ضمان جديد [٤٤] .

ثانيا - خطاب ضمان حسن التنفيذ Performance Guarantee :

يُعَدّ ضمان حسن التنفيذ أحد عقود الضمان التى ابتدعتها وخلقتها ضرورة التجارة الدولية فى الوقت الحاضر . فعقد الضمان يلعب دوراً مهمًا وكبيراً فى التجارة الدولية حيث يقوم بدور التأمين ضد عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو كضمان تأمين ضد التنفيذ غير المطابق للشروط والمواصفات المنصوص عليها فى العقد بين الأطراف Inadequate Performance أو التأخر فى التنفيذ عن المدة المنصوص عليها فى العقد التى التزم بها الطرف المقدم للضمان .

والضمان يستحق لصالح المستفيد عندما يتحقق أى من الظروف التى تستدعيه لأنه يعتبر إعادة نقل للمخاطر حيث يحول خطر عدم التنفيذ من المستفيد منه إلى الشخص الذى تخلف عن التنفيذ ، فهو يعتبر أحد صور الكفالات البنكية المتعارف عليها حيث إن الضامن يقوم بكفالة المدين فيما لو تخلف عن تنفيذ التزاماته للدائن .

ويقدم الضمان النهائى أو ضمان حسن التنفيذ عند توقيع العقد بعد رسو العطاء على المتعاقد وهو عادة يحل محل الضمان الابتدائى ، لذلك يسمى الضمان النهائى . والهدف منه هو ضمان حسن التنفيذ للالتزامات التعاقدية وفقًا للشروط المنصوص عليها فى العقد كما يكون أيضًا ضامنًا للدفعة الأولى المقدمة للمقاول للبدء فى العمل ، لأن العقود عند إبرامها تتطلب دفع مبلغ مقدم كدفعة أولى بموجبها يبدأ المتعاقد العمل فى المشروع .

كذلك تحصل فى عملية الاستيراد للبضائع عندما يتم التعاقد على توريد معدات أو بضائع ويقدم للمتعاقد دفعة أولى على الحساب فلابد لضمان وتأمين تنفيذ المتعاقد على التوريد من إعطاء خطاب ضمان بذلك يضمن تنفيذه للعقد ويكون أيضا كضمان للدفعة الأولى المقدمة له فيما لو تخلف عن التنفيذ وهو ما يسمى Repayment Guarantee .

وتعتبر البنوك أحد أهم المؤسسات المصرفية المصدرة لمثل هذا النوع من الضمانات فى العقود التجارية الدولية مثل عقد البيع الدولى للبضائع ، وعقود الإنشاءات وغيرها من العقود التى عادة ما يكون أحد أطرافها من دولة أخرى ، مثال ذلك الضمان الصادر من بنك محلى للمستفيد الأجنبى الذى يقوم بتوريد أو تصنيع بضائع معينة . فالبنك المحلى المصدر لخطاب الضمان يقوم بإصداره لمصلحة المستفيد من الدولة

الأخرى أو يطلب من مراسله أن يصدر للمستفيد الأجنبى هذا الخطاب ، وذلك عن طريق إرساله إلى أحد البنوك فى بلد المستفيد بعد تأكيده وتصديقه ، بما يعنى زيادة التأكيد والأمان لصالح المستفيد ، حيث يضيف البنك المراسل فى بلد المستفيد توقيعه ومن ثم التزامه إلى التزام البنك المصدر لخطاب الضمان . كما أنه فى كثير من الأحيان يطلب البنك الأجنبى من البنك المحلى إصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد بعد أن يكون البنك الأجنبى أو الطالب قد أصدر ما يسمى بخطاب الضمان المقابل Counter Guarantee .

وخطاب الضمان لا يصدر إلا بغطاء كامل من قبل العميل يقدم منه إلى البنك المُصْدِر بالإضافة إلى عمولته وأية مصاريف بنكية أخرى ضرورية له [٤٥] . وفى العقود الدولية الكبيرة يتم الضمان عادة عن طريق اشتراك عدد من البنوك أو شركات التأمين فى إصداره Syndication بهدف توزيع مخاطر الضمان بالاشتراك فى إصدار خطاب ضمان مشترك [٤٦] . وهذا الأسلوب نجده عادة فى عقود الإنشاءات الدولية خاصة الكبيرة الحجم منها ، التى قد يكون فيها صاحب المشروع جهة عامة حكومية أو مؤسسة عامة تشترط أنه لابد عند طرح المشروع للمناقصة والتقدم بالعروض من قبل الشركات المهتمة والمؤهلة فى طبيعة العمل ، أن هناك ضمانًا بعد رسو العطاء على المتقدم ، لأن الفائز بالعطاء سوف يحصل على جزء من المال العام مقدما كدفعة أولى وفق ما تنص عليه الأنظمة أو شروط المناقصة . ومن ثم لابد من التأكد أن لديه القدرة الفنية والمالية لإكمال العمل الذى تعاقد على تنفيذه ، لذلك فالجهة صاحبة المشروع مهتمة بالتأكد من أن المبلغ المدفوع للمقاول كدفعة أولى سوف يستخدم لغرض المشروع وليس لغيره .

أما بالنسبة للمقاول الذى التزم بتنفيذ المشروع فيرغب فى ضمان حصوله على مبلغ مقدم على الحساب ، على الرغم من أن صاحب المشروع قد يكون ذا سمعة حسنة وملاءة مالية ، لأن المقاول الذى يلتزم بالتنفيذ غالبًا غير قادر على الانتظار حتى الانتهاء من التنفيذ للحصول على جزء من المبلغ على الحساب ، كما هو الحال فى عقود الإنشاءات الدولية الكبيرة أو عقود تسليم المفتاح ، وهى العقود التى يكون هدفها تجهيز كامل المصنع مثلاً بكل المعدات التى يحتاج إليها للدخول فى الإنتاج دون أن

يقوم المالك بأى شىء سوى تسلمه فقط ، لذلك مثل هذه الحالات لابد من أن يقوم المالك بدفع مبلغ للمقاول فى كل مرحلة من مراحل التقدم فى العمل ، وفقًا للنسب المتفق عليها مما قد يتطلب معه صدور شهادة من المهندس المشرف على التنفيذ كما هو متعارف عليه فى عقود تسليم المفتاح ، أو بعد الانتهاء من مرحلة محددة من المشروع ، ومن ثم يحتفظ بجزء من المبلغ حتى يتم الانتهاء من كامل المشروع ، ويكون هذا المبلغ المحتفظ به لضمان الانتهاء من المشروع وفق ما تم الاتفاق عليه . لأنه إذا ثبت أن كان التنفيذ معيبًا أو تم اكتشاف أخطاء فى التنفيذ فى مراحل المشروع الأولى ، فهذا المبلغ يكون قليل الفائدة فى إجبار المقاول على حسن التنفيذ ، لذلك فإن صاحب العمل يطلب ضمانًا أكبر ، والضمان الأمثل بالنسبة له هو خطاب ضمان حسن التنفيذ ، الذى بموجبه يقوم طرف ثالث ، عادة بنكًا أو شركة تأمين ، بالتعهد بالدفع فيما لو تخلف المقاول عن التنفيذ ، ومن ثم فالعنصر الجديد فى ضمان حسن التنفيذ هو أن الضامن يتعهد بالدفع فيما لو أن المقاول لم ينفذ التزاماته أو العمل الموكل إليه تنفيذه .

وغالبا ما يُطلب من المقاول ضمان من قبل بنك أو شركة تأمين ليضمن حسن التنفيذ لالتزاماته التعاقدية . هذا الضمان أو التأمين يأخذ صورة ضمان حسن التنفيذ ، وغالبًا ليس لهذا الضمان شكل معين وإنما يحتوى على تعهد المقاول بأنه سوف ينفذ التزاماته التعاقدية كما تم الاتفاق عليها . ويتم النص فى خطاب الضمان على أن التزامات المصدر لخطاب الضمان تنتهى بالتقيُد من قبل المقاول بالشروط وتنفيذالالتزامات كاملة أو فى حالة الإخفاق دفع التعويض عن الضرر الناتج عن هذا التخلف باعتباره نكثًا للعقد [٤٧] . وفى حالة عدم وجود شروط محددة للضمان فإنه لن يكون بالضرورة منتهيا بمجرد انتهاء العمل أو إكمال المشروع لأنه قد يمتد ليغطى أى خسارة تحدث نتيجة العيوب الخفية [٤٨] .

ويكون ضمان حسن التنفيذ غير مشروط عادة حيث يتعهد فيه المصدر بدفع مبلغ معين ومحدد إلى شخص معين هو المستفيد عند الطلب On demand أو فى بعض الأحيان بعد إبراز بعض الوثائق المحددة . فهو أقرب إلى طبيعة الكمبيالة لأن التزامات البنك أو الجهة المصدرة لخطاب الضمان مشابهة تمامًا للالتزامات التى تنشأ نتيجة الاعتماد الاحتياطى أكثر من تلك الالتزامات الناشئة من الضمان . وكما هو الحال

بالنسبة لخطاب الاعتماد فعندما يتم التقدم بطلب الضمان أو تم التقدم بالمستندات المطلوبة وفقًا لمتطلبات الضمان الأساسى يمكن لمصدر الضمان أن يرفض الدفع ما لم يوجه للبنك المصدر إشعاراً بأن هناك غشًا فى الوقت الذى يطلب فيه المستفيد دفع قيمة الضمان (٤٩) .

وتُوضِّح خطوات إصدار ضمان حسن التنفيذ العلاقة القانونية بين الأطراف ذات العلاقة وذلك كما يلى :

أ - لابد أن يكون هناك اتفاق على عقد تجارى دولى أيا كانت طبيعته وموضوعه بين أطرافه ويكون فى هذا العقد فقرة أو شرط ينص على وجوب تقديم أحد الأطراف ولنقل البائع أو المقاول أو المُوَرِّد أو مقدم الخدمة على إعطاء خطاب بموجبه يضمن حسن تنفيذه لما تعاقد عليه وفق الشروط المتفق عليها بين الأطراف .

ب - بعد ذلك وتنفيذاً لشروط الضمان فى العقد تبدأ الخطوة الثانية من قبل الطرف الملتزم بتقديم الضمان بالاتصال بأحد المؤسسات المصرفية كالبنوك أو شركات التأمين أو شركات الضمان للقيام بإصدار خطاب ضمان وفق شروط معينة يكون مستكملاً لمتطلبات شرط فى العقد بناء على أمره لصالح المتعاقد الآخر هو المستفيد من هذا الضمان فى المدة المحددة لذلك .

وعادة يكون هناك نموذج معد مسبقًا ومرفق بالعقد بالنسبة لخطاب الضمان المطلوب ويشار إليه فى العقد وفقًا لنصوصه ، وقد لايكون هناك مجال للتعديل فى هذا النموذج من قبل الملتزم به حيث يعتبر جزءًا من الوثائق التى لابد من الالتزام بما فيها ومن ثم تعتبر جزءًا من العقد ذاته .

جـ - غالبًا يكون للبنك المصدر لخطاب الضمان تعامل سابق مع طالب خطاب الضمان ومن ثم لا يطلب منه مبلغ الضمان أو حجز بعض أمواله فى مقابل إصدار خطاب الضمان له ، وإنما تُعَدَ هذه خدمة من ضمن خدمات التسهيلات المقدمة لهذا العميل . ويقوم البنك بإصدار خطاب الضمان وإرساله إلى البنك المراسل له أو الوسيط فى بلد المستفيد الذى بدوره يقوم بإرساله إلى المستفيد بعد الحصول على ضمان مقابل من المستلم وهو ما يسمى Counter Guarantee للضمان وذلك لتعويض البنك الضامن فى حالة تخلفه ، حيث يكون هناك اتفاق بين البنك

الضامن والبنك المصدر لخطاب الضمان المقابل لتعويض البنك الضامن لو تخلف المستفيد تنفيذ التزاماته وحصل فى نفس الوقت على قيمة خطاب الضمان .

ثالثا - الضمان الاحتياطى Stand-by Letter of Credit أو Performance and Guarantee Letter of Credi

الاعتماد أو الضمان الاحتياطى هو صيغة وشكل خاص من أنواع الاعتمادات ، وهو بدوره يقوم أساسًا بنفس دور ضمان حسن التنفيذ Performance Guarantee . كما يعتبر طريقاً آخر بموجبه قد يطلب المستفيد دفع قيمته فى حالة أى إخلال بالتزامات المتعاقد معه أو عدم تنفيذه لها . فهو يشبه فى ظاهره الاعتماد المستندى ، لأن كلا الاثنين يتطلب علاقة بين ثلاثة أطراف ؛ البنك ، والعميل ، والمستفيد ، والاختلاف الفعلى بينهم هو فى الالتزام المالى الذى يرتبه كل نوع من هذه الأنواع . ففى الاعتماد المستندى يلتزم البنك بالدفع فقط عندما يبرز المستفيد المستندات المنصوص عليها فى الاعتماد وفقًا للشروط التى حددها العميل مسبقًا عند طلب فتحه للاعتماد ، بينما العكس من ذلك الالتزام المالى بالنسبة للاعتماد الاحتياطى حيث ينشأ الحق فى طلبه بعد التحقق من تخلف المستفيد عن تنفيذ التزاماته [٥٠] . من ذلك نجد أن الغرض الذى من أجله يستخدم الاعتماد الاحتياطى يختلف تمامًا عن الغرض الذى يستخدم فيه الاعتماد المستندى . فالأول ضمان وصمّام أمان ضد عدم التنفيذ للالتزامات بينما الآخر ضمان على عدم الدفع من قبل الملتزم بالدفع فى الاعتماد المستندى ولكن تُطبق على الجميع نفس القواعد القانونية [٥١] .

ولاشك أن الثقة وقلة التكاليف دفعت إلى كثرة استخدام خطاب الاعتماد الاحتياطى كضمان فى العقود التجارية الدولية ، التى كان يستخدم فيها ضمانات أخرى مثل خطاب ضمان حسن التنفيذ مثلاً ، والضمان الاحتياطى يعمل كما يلى :

عندما تأتى شركة دولية كشركة بكتل للمقاولات وتتعاقد على بناء مصنع فى خارج دولتها ولتكن السعودية مثلاً . فشركة بكتل لابد وأنها تنشد تأمين دفع حقوقها من قبل الجهة المتعاقدة معها عند الانتهاء من كل جزء من البناء والبقية بعد إكمال المشروع وفق نصوص العقد ، عندئذ لابد وأن تطلب من مالك المشروع أن يطلب من بنك خطاب

اعتماد احتياطى قطعى غير قابل للنقض لصالحها كمستفيد بحيث يضمن دفع حقوقها حالاً بمجرد تقديم وثائق الانتهاء من البناء وفقًا لما تم الاتفاق عليه ، فى حالة ما إذا تخلف المالك للمشروع عن دفع حقوقها كاملة . والوثائق المطلوب تقديمها سوف تكون شهادة المهندس المشرف على المشروع أو أى شهادة أخرى تثبت الانتهاء من العمل وفقًا للشروط المتفق عليها فى العقد .

وعلى العكس من ذلك المالك للمشروع ربما يخشى أن شركة بكتل كمقاول لتنفيذ العمل ، لأنها من دولة أخرى ، لن تكمل العمل كما تم الاتفاق عليه ، فى هذه الحالة قد يطلب المالك من الشركة المتعاقدة أن تصدر خطاب ضمان قطعى احتياطى لضمان حسن التنفيذ للالتزامات المتعاقد عليها ، ويعتبركشرط جزائى يتم اللجوء إليه فى حالة تخلف المقاول عن التنفيذ كما تم الاتفاق عليه .

فى كلتا الحالتين يعتبر خطاب الاعتماد الاحتياطى خطاب ضمان لحسن التنفيذ للالتزامات المتعاقد عليها ، ومن ثم تنشأ التزامات البنك المصدر فقط عند تقديم المستفيد لما يثبت أن له الحق فى الدفع وفقًا لما نص عليه الاعتماد . أما بالنسبة للعلاقة بين البنك وطالب خطاب الضمان الاحتياطى فهى علاقة دائن ومدين وقد لا يفتح البنك هذا النوع من الاعتمادات إلا بعد تغطية قيمته كاملة من قبل طالب الاعتماد .

وقد نشأ وتطور هذا النوع من الضمانات فى أمريكا ، حيث يتم استخدامه كبديل عن الضمانات التى تحدثنا عنها سابقًا ، وذلك للتضييق على قدرات البنوك الأمريكية بموجب نظام إصدار خطابات الضمان (٥٢) ، لتفادى الدخول فى مواجهة مع المحاكم الأمريكية التى استقر رأيها بأن الضمان ليس بالضرورة عملاً بنكيًا ولكن شكلاً من أشكال التأمين (٥٣) .

ويخضع هذا النوع من الضمانات لقواعد الأصول والأعراف الدولية الموحدة الصادرة عام ١٩٩٣م ، التى تُقدم الحماية للطرف المصدر له ضد أى طلب تعسفى وغير عادل أو مبرر ، إلا أن هذه القواعد لا تعمل ما لم يتم النص فى خطاب الضمان على شرط يُخضع هذا الخطاب لها (٥٤) .

واستخدام هذا النوع من الضمانات غالبًا ما يكون فى عقود الإنشاءات والقروض

التجارية الدولية وعقود التصنيع لضمان دفع الثمن المتعاقد عليه أو لضمان الشرط الجزائى الخاص بحسن التنفيذ أو الدفعة المقدمة فيما لو لم يتم التنفيذ وفقًا لما تم الاتفاق عليه . وقد إزدادت شهرة هذا النوع من الضمانات فى الولايات المتحدة ، من قبل البنوك والعملاء على السواء ، للتحايل والالتفاف على قوانين زيادة الحد الأعلى للفوائد عند الاقتراض من البنوك ، نظراً لأنها لا تعتبر اقتراضاً من البنك ومن ثم فلا تظهر ضمن مسئوليات البنك فى الحساب الختامى له (٥٥) .

هذا وهناك من يقول بأن الاعتماد الاحتياطى يعتبر أقل تكلفة بالنسبة للبنك كضمان فى التجارة الدولية لأن البنك المصدر يتحمل تكاليف قليلة عندما يقوم بمقارنة المستندات مع شروط الضمان بعكس الضامن الذى يتحمل تكاليف باهظة عندما يفحص ما وراء الوثائق ويتحقق من الوقائع الحقيقية لتلبية طلب دفع الضمان . ولاشك فى أن لخطاب الضمان الاحتياطى مميزات من أهمها أن المستفيد يعتمد على البنك المصدر وثقته فيه ، أما بالنسبة للعميل فهو لا يقدم مبلغ الضمان إلى البنك ويمكنه أن يستخدم نقوده المنصوص عليها فى الاعتماد حتى قيام البنك المصدر بدفع الاعتماد . كل هذا يقلل من مخاطر قيام المستفيد بالتنفيذ . كما أن تكاليف إصدار الاعتماد الاحتياطى محدودة بتكاليف قيام البنك المصدر بمقارنة الوثائق والمستندات مع شروط الاعتماد دون النظر ما وراء نية طلب صرف الاعتماد ، لأن المعتاد هو أن الاعتماد الاحتياطى يتطلب لصرفه كمبيالة واجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها Sight draft ومستندات أخرى من قبل المستفيد تبين أن العميل مدين بالمبلغ المنصوص عليه فى الاعتماد للمستفيد (٥٦) .

ويختلف خطاب الاعتماد الاحتياطى باعتباره الضمان المتعارف عليه الذى يصدر عن البنوك الأمريكية عن خطاب الضمان الذى يصدر عن البنوك والمصارف الأخرى فيما يلى :

خطاب الضمان الاحتياطى يعتبر غير مستقل عن العقد الذى بين الأطراف والذى صدر خطاب الضمان من أجل ضمان التزامات أحد الأطراف لصالح الطرف الآخر فيه وبموجبه . حيث يعتبر خطاب الضمان مساعداً للعقد الأساسى . هذه الطبيعة المساعدة لخطاب الضمان تلزم البنك المصدر لخطاب الضمان أو البنك الضامن للنظر

وراء الوثائق المقدمة عند طلب قيمة خطاب الضمان للتأكد من أن الملتزم بالضمان فعلا أخل بالتزاماته المتعاقد عليها وفقًا لما هو منصوص عليه فى العقد ، وبناء على ذلك فالبنك الضامن يعتبر مسئولاً ثانيًا أو ثانويًا عن تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها وفقا لما هو منصوص عليه فى العقد الذى صدر خطاب الضمان بشأنه .

على العكس من ذلك البنك المصدر للاعتماد الاحتياطى عليه التزام مبدئى ورئيسى بالنسبة لخطاب الاعتماد ذاته والالتزامات المنصوص عليها فيه بدفع مبلغ معين دون أن يكون عليه مسئولية الالتزامات بين الأطراف المنصوص عليها فى العقد .

هذه الطبيعة المساعدة للضمان الاحتياطى تفرض مخاطر كبيرة على البنك المصدر لخطاب الضمان المتعارف عليه أكثر من المخاطر التى تفرضها أو يتحملها البنك المصدر لخطاب الضمان الاحتياطى ، لأن البنك المصدر لخطاب الاعتماد الاحتياطى عليه مسئولية فقط بفحص الوثائق المقدمة إليه ، فإذا وجدها مطابقة لشروط الاعتماد الاحتياطى فإنه يكون قد نفذ كافة التزاماته تجاه عميله . بينما البنك المصدر لخطاب الضمان باعتباره الضامن لتنفيذ هذه الالتزامات عليه واجب الفحص والتحقق من الوقائع خلف الوثائق المقدمة له من أجل أن يتأكد ويقرر أن الطرف المضمون بموجب خطاب الضمان قد أخل فعلاً بالتزاماته التعاقدية . أما البنك الضامن فيتحمل مسئولية ومخاطر كبيرة أكثر من البنك المصدر لخطاب الاعتماد الاحتياطى لأن تحديد ما إذا كانت الوثائق المقدمة تتطابق مع المعيار المحدد ليس صعبًا أو فيه مخاطرة مثلما يتم تحديد ما إذا كان المضمون أخل فعلاً فى تنفيذ التزاماته التعاقدية من عدمه [٥١] .

وعلى الرغم من أن الاعتماد الاحتياطى تم قبوله منذ فترة طويلة باعتباره أداة ضمان مهمة لضمان الدفع فى العقود التجارية الدولية . إلا أننا نجد أن المشاكل التى أوقعتها الثورة الإيرانية بحكم علاقات إيران التجارية مع أمريكا قبل الثورة وكثرة استخدام الاعتماد الاحتياطى كضمان أثارت زوبعة ومشاكل كادت أن تؤدى إلى إزاحة الثقة عن هذه الأداة كضمان فى التجارة الدولية وعدم الاعتداد القانونى بها [٥٨] .
نظرًا لأن الاستخدام المعتاد لها أن الاعتماد الاحتياطى القطعى يمثل تعهدا مستقلا وقطعيًا من قبل البنك المصدر الذى عادة ما يكون بنكًا دوليًا ، ليدفع وفقًا لشروط الاعتماد دون اعتبار لأى نزاع بين المتعاقد والمستفيد على شروط عقد معين بين

الأطراف . فتعهد البنك بالدفع مستقل عن التزامات المتعاقد بالتنفيذ للعقد فى حالة النزاع على التنفيذ من قبل المتعهد به كمقاول البناء مثلاً ، فصاحب العمل لا يحتاج إلى طلب الدفع وفقًا لعقد الاعتماد .

وفى كثير من الدول الصناعية يستخدم الاعتماد الاحتياطى لضمان الدفع بمجرد أول طلب وضمان لحسن التنفيذ . كما يستخدم فى بريطانيا فى كثير من العقود التجارية الدولية خاصة عقود القروض وعقود البيع الدولى للبضائع وعقود بيع البترول .

الاعتماد الاحتياطى يكون قطعيا وباتاً ويمكن أن يكون غير قطعى ، ولكن الفائدة المرجوة من الاعتماد غير القطعى فى ضمان التنفيذ فى العقود الدولية غير مؤكدة . ولجعل الاعتماد الاحتياطى أكثر فاعلية كضمان فى العقود التجارية الدولية وتفادى سوء الاستخدام أو الغش والخداع فى طلب صرفه يستحسن إدخال فقرة من قبل العميل تنص على وجوب توجيه إشعار لمدة معينة - على الأقل ثلاثة أيام - من قبل المستفيد قبل التقدم بصرف الضمان الاحتياطى . هذا الإشعار يسمح للعميل بالوقت الكافى لدراسة طلب المستفيد ومن تقرير ما إذا كان هناك حاجة لطلب الحجز من قبل البنك المصدر ومنعه من صرفه . مثل هذا الإشعار لاشك أنه لن يؤثر أو يضر بالمستفيد أو أى طرف آخر بل على العكس يقوى من قدرة العميل على طلب الحجز فى حالة ما إذا كان هناك طلب صرف للاعتماد غير مبرر أو غير مشروع [٥٩] .

أيضًا يمكن وضع شرط فى الاعتماد ينص على أنه قبل تنفيذ طلب المستفيد لابد من صدور شهادة من قبل طرف ثالث مثل محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية يشهد بعدالة طلب المستفيد ، وذلك بأن يتضمن العقد بين العميل والمستفيد شرط تحكيم لحل النزاع حول حق المستفيد فى طلب سحب الاعتماد أو اختيار طرف ثالث لإصدار شهادة بأحقية المستفيد فى سحب الاعتماد وبعد التحقق من دعواه .

رابعا - خطاب التزكية أو الأمان Letter of Comfort :

هذه الأداة تعتبر أداة ضمان تقدم عادة من قبل الشركة الأم للمتعاقد مع إحدى الشركات التابعة لها وذلك لتزكيتها وتطمين المتعاقد أن الشركة التابعة لها قادرة على القيام بالتزاماتها المتعاقدة عليها ، وعادة يكون ذلك عندما يأتى المتعاقد فى المفاوضات

على عقد معين مع الشركة التابعة مثلاً ويطلب على سبيل المثال أن تضمن الشركة الأم الشركة المتعاقدة . وتلجأ الشركة المتعاقدة مع الشركة الوليدة إلى طلب هذا النوع من الضمانات عندما يعتقد أن الشركة التابعة هى فقط أداة للشركة الأم وليس لها رأس مال كاف يضمن حقوقه أو أنها مع رأسمالها لاتساوى ما يعتقد أنه واجب له لضمان حقوقه أو لضمان تنفيذ التزاماتها معه ، فعندما تتسلم الشركة الأم طلب الضمان هذا خلال عملية التفاوض على العقد بين الشركة المتعاقدة والشركة التابعة ، قد ترى الرد الإجابة بأنه ليس من سياسة الشركة ضمان أى من الشركات التابعة لها ولكن من سياستها إعطاء خطاب تزكية لها .

المبحث الثالث
أطراف خطاب الضمان وعلاقاتهم والآثار والنتائج المترتبة على ذلك

خطاب الضمان من الأوراق البنكية وهى نوع من القروض التى تمنحها البنوك عادة لعملائها لتسهيل معاملاتهم التجارية . وهى علاقة ثلاثية بين العميل والبنك والمستفيد يترتب عليها آثار والتزامات أهمها دفع مبلغ من المال من البنك للمستفيد حسب أوامر العميل عند أول طلب من المستفيد [٦٠] .

أما أطراف الخطاب فمن المفهوم أن خطابات الضمان أنشأت علاقات منفصلة بين أطراف ثلاثة :

١ - العميل الذى يتعامل مع البنك والذى يأمر بإصدار خطاب الضمان .

٢ - البنك الذى يقوم بتحرير الخطاب وإصداره للمستفيد .

٣ - المستفيد وهو الذى صدر الخطاب لمصلحته .

هذه العلاقات الثلاثية هى علاقة مصرفية ونظامًا هى علاقة تعاقدية لأنها تنشئ علاقة تعاقدية والتزامات وآثارًا بين الأطراف الثلاثة . وسوف نستعرض فيما يلى لهذه العلاقة الثلاثية منفصلة لأن كل واحدة مستقلة عن الأخرى وآثار ذلك كما يلى :

أولاً - علاقة العميل بالمستفيد :

تعتبر علاقة تعاقدية نشأت بموجب خطاب الضمان بناء على طلب من العميل للبنك الذى يتعامل معه بشروط معينة وبسداد مبلغ محدد من المال فى مدة زمنية محددة . وهى عقد بين العميل والمستفيد يقوم فيه العميل بتنفيذ عمل معين لمصلحة المستفيد حسب مواصفات محددة . هذا العمل يمكن أن يكون عطاء رسا على العميل أو يكون إنشاء شيء معين أو توريد بضاعة معينة من الخارج . هذا العمل الذى يقوم بتنفيذه العميل يتطلب تأميناً أو ضماناً لتنفيذه يقدمه العميل للمستفيد وهو صاحب العمل وبدلاً من التأمين النقدى أو العينى ، يقوم العميل بتقديم خطاب ضمان من البنك الذى يتعامل معه للمستفيد كضمان لتنفيذه العقد يحدد فيه العميل الشروط والمبلغ والمدة التى يدفع خلالها المبلغ للمستفيد . هذا الخطاب هو وليد أو ثمرة تلك العلاقة التعاقدية بين العميل والبنك والتى تعتبر العقد الأساسى . هذا الخطاب الذى يقدمه العميل للمستفيد فى الواقع يحرره ويصدره البنك للمستفيد وبالتالى فإن هذا الإجراء ينشئ علاقة تعاقدية خاصة بين البنك والمستفيد يكون إيجابها خطاب الضمان وقبولها عدم رفض المستفيد للخطاب . وهذه العلاقة مستقلة تماماً عن علاقة العميل بالمستفيد التعاقدية .

ثانيا - علاقة العميل بالبنك :

تبدأ هذه العلاقة بعد علاقة العقد الأساس بين العميل والمستفيد . وهو يتولد من تلك العلاقة حيث يلزم المستفيد وهو صاحب العمل من العقد الأساس بالاشتراط على العميل وهو الطرف الأول فى العقد الأساس بأن يقدم له ضماناً كتأمين لتنفيذه العقد . فى هذه الحالة يقوم العميل بالاتصال بالبنك الذى يتعامل معه ليصدر له خطاب ضمان للمستفيد صاحب العمل بشروط معينة ومبلغ محدد هو مبلغ الضمان ولمدة محددة . عندما يصدر هذا الخطاب ينشأ الالتزام فى جانب العميل بسداد المبلغ الذى حدده الخطاب ويمكن أن يطالب البنك العميل بدفع غطاء مادى أو عينى ، كرهن عقارى مثلاً ، ضماناً لمبلغ الخطاب . ويمكن أن يكون الغطاء تعهداً معنوياً إذا كانت شخصية العميل مليئة ومعروفة لدى البنك . وفى هذه العلاقة تكون شخصية العميل هى أساس العقد . وبناء على هذه العلاقة التى إيجابها طلب العميل بإصدار الخطاب من البنك

وقبولها إصدار الخطاب بواسطة البنك لمصلحة المستفيد تكون العلاقة التعاقدية قد اكتملت بين العميل والبنك .

ثالثا - علاقة البنك بالمستفيد :

عندما يصدر البنك الخطاب إلى العميل بناء على تعليمات العميل تنشأ العلاقة الثالثة وهى العلاقة التى تتولد بخطاب الضمان ويكون إيجابها إرسال الخطاب من جانب البنك وقبولها عدم رفض المستفيد للخطاب هذا العقد الذى ينشأ بين البنك والمستفيد يسمى عقد الضمان . عند قبول المستفيد الخطاب الذى يرسله إليه البنك ينشأ التزام من جانب البنك تجاه المستفيد بدفع المبلغ له عند أول طلب دون الرجوع إلى العميل ودون أى اعتراض من جانبه .

هذه العلاقة التى نشأت بين البنك والمستفيد بموجب خطاب الضمان نتيجة الإيجاب من جانب البنك وقبول الخطاب وعدم رفضه وبشروطه الموضحة يعتبر تعاملاً ينشئ علاقة عقدية ضمنية تنتج عنها آثار التزام البنك بالدفع عند أو طلب [٦١] .

رابعا - آثار خطاب الضمان :

إن آثار خطاب الضمان تتضح من العلاقات التى تمت بين الأطراف الثلاثة والتى ينتج عنها الالتزامات من كل طرف تجاه الطرف الآخر . وأول هذه الآثار هو التزام العميل تجاه البنك بدفع قيمة الخطاب الذى أصدره البنك للمستفيد بناء على أمر العميل . ويمكن للبنك أن يلزم العميل بدفع غطاء نقدى أو عينى مقابل إصدار خطاب الضمان . هذا الغطاء يعتبر رهنًا تجاريًا تجرى عليه القواعد النظامية العامة من حجز وتنفيذ [٦٢] .

كما وأنه يجب على العميل الالتزام بدفع العمولة والفوائد فى الدول التى تسمح بها للبنك ، مقابل إرسال الخطاب أما آثار التزام البنك التعاقدية فهى إصدار الخطاب الذى هو أحد التزامات العميل بموجب عقد الأساس . والتزام البنك تجاه المستفيد هو أساس الخطاب لأنه يلتزم بدفع المبلغ للمستفيد عند أول طلب وعليه «فإن ذكر اسم

العميل والمبلغ والمدة من أهم عناصر الخطاب وأركانه ولكن شخصية المستفيد الذى يلتزم البنك تجاهه ليست بذات اعتبار» [٦٣] . وعلى البنك إخطار العميل قبل أن يدفع له مبلغ الخطاب وذلك لئلا يتضرر العميل خصوصاً إذا علمنا أن مسئولية البنك تجاه المستفيد والتزامه نحوه مسئولية والتزام مستقل وناجز .

وأهم آثار هذه العلاقة الثلاثية هى التزام البنك بسداد المبلغ للمستفيد عند أول طلب له وذلك دون الرجوع إلى العميل أو الالتفات إلى أى التزامات من جانبه وذلك لأن العلاقة التى نشأت بين البنك والمستفيد علاقة مستقلة وناجزة ومجردة وهو التزام أصيل وليس ثانيًا لالتزام العميل تجاه المستفيد حسبما جاء فى العقد الأساس ، وذلك ليحقق الوظيفة التى وجد بموجبها خطاب الضمان حيث إنه بديل عن التأمين النقدى [٦٤] .

ويمكن أن ينتهى الخطاب بعدم الوفاء - هذا فى حالة ما إذا رفضه المستفيد ورده للبنك - أو تنتهى مدته دون أن يطالب المستفيد بالمبلغ ، أو بأن يرده المستفيد مبرئًا ذمة العميل . وهناك حالة استحالة التنفيذ من جانب العميل وينتج عنها مطالبة المستفيد بقيمة الخطاب ، أما إذا كانت الاستحالة سببها المستفيد أو سبب خارجى كما إذا كان الخطاب مشروطًا ولم يتم تحقق الشرط فإن التزام البنك ينقضى باستحالة التنفيذ من قبل العميل لالتزامه لأن الشرط غير ممكن تحقيقه . أما إذا كان الخطاب غير مشروط فلا يتأثر التزام البنك [٦٥] .

المبحث الرابع
مبادئ عامة لصياغة خطاب الضمان

الضمان يؤدى إلى تحمل مسئوليات كثيرة كما يمنح الكثير من الحقوق لذا فقد تساعد الصياغة الركيكة على فقدان خطاب الضمان هدفه الأساسى لما قد يكتنفه من غموض قد يؤدى إلى العديد من التفسيرات . ونحن فى ضوء ما تقدم من شرح لأنواع خطاب الضمان والدور الذى قد تؤديه فى التجارة الدولية نستخلص بعض الاقتراحات .

التى لابد من مراعاتها فى صياغته وذلك كما يلى :

١ - عند صياغة خطاب ضمان حسن التنفيذ يستحسن أن يتم تضمين الخطاب شرطاً ينص على ضرورة إبراز إثبات من قبل المستفيد بأن العميل أو الطرف الآخر فى العقد لم ينفذ التزاماته التعاقدية ، حتى يمكن صرف المبلغ المنصوص عليه فى خطاب الضمان مثل أن يكون صرف المبلغ مشروطاً بإبراز اعتراف من المتعاقد نفسه أنه لم ينفذ العقد كما يجب ، ومن ثم يستحق المستفيد صرف خطاب الضمان الذى معه ، أو إبراز حكم قضائى أو قرار من هيئة تحكيم معتبر نظاماً بين الأطراف يبين أن المتعاقد أخل بالتزاماته التعاقدية ، وهذا ما تعرضت له المادة (٩) من القواعد الموحدة لعقد الضمان الصادرة عن غرفة التجارة الدولية فى المسئولية فى المنشور رقم (٣٢٥) عام (١٩٧٨م) . إلا أن هذه القواعد تحتاج لأن يتم النص عليها من قبل الأطراف المتعاقدة [٦٦] .

٢ - يستحسن عندما يكون ضمان حسن التنفيذ عند الطلب أن يتم النص على أن يبين المستفيد فى طلبه الأساس والسبب الذى جعله يطلب دفع الضمان ، سواء كان السبب هو الإخلال بالالتزامات المتعاقد على تنفيذها من قبل الطرف الآخر أو أى سبب آخر . والقدرة على إدخال فقرة مثل هذه فى خطاب الضمان يعتمد بطبيعة الحال على القوة التفاوضية للعميل وقدرته على حماية نفسه من سوء استخدام الضمان من قبل المستفيد .

٣ - أن يكون الضمان صادراً من بنك أو مؤسسة مصرفية أو شركة تأمين مسموح لها بإصدار مثل هذا النوع من خطابات الضمان كشركات التأمين أو الشركات المتخصصة فى إصدار الضمانات .

٤ - أن يكون مختوماً ومصدقًا عليه ، حيث يكون عادة على نموذج معد مسبقًا ويُضم إلى بقية وثائق العقد ويعتبر جزءًا منها .

٥ - بالنسبة للمستفيد عليه أن يتأكد من أن خطاب الضمان لا يتضمن شرطًا يتطلب إعطاء إشعار إلى مُصدره ، سواء كانت بخطأ المتعاقد أو بتخلفه عن تنفيذ التزاماته ، بنية المستفيد طلب صرف الضمان . أما بالنسبة للمتعاقد فقد يكون من الأمثل التفاوض على إعطاء خطاب ضمان مع وجود مثل هذا الشرط ليضمن

عدم التعسف فى صرفه ويضمن أيضًا تنفيذ المستفيد لالتزاماته التعاقدية دون الإخلال بها .

٦ - يجب ألا يتضمن خطاب الضمان أى شرط يحد من قوته ، مثل الشرط الذى ينص على أن صرف خطاب الضمان لايكون ممكنًا إلا بعد استنفاذ كافة السبل الممكنة لإصلاح الخطأ من قبل المقاول مثلاً أو الحصول على حكم أو قرار تحكيم .

٧ - يجب ألا يكون هناك أى شرط يعطى مصدر الخطاب الحق فى القيام بالالتزام بنفسه .

٨ - يجب ألا يكون فى الخطاب إشارة إلى الفوائد أو تكاليف الخدمات القانونية حتى يمكنه تطبيقه فى الدول التى لاتسمح أنظمتها بمثل هذه الفوائد .

٩ - يجب أن يكون هناك شرط صريح ينص على أن خطاب الضمان لن يتأثر بما يلى :

أ) أى تعديل على العقد الأساسى بين الأطراف .

ب) أى تعديل على طبيعة ونطاق العمل المتعاقد على تنفيذه .

جـ) أى سماح بوقت إضافى للمتعاقد على التنفيذ .

د) أى دفعات مقدمة أو تنازل للمقاول .

هـ) أى إخفاق فى الإشراف .

و) أى إشارة إلى تسوية وسط مع المتعاقد مما قد يضعف الضمان .

١٠ - هناك وسيلة أخرى لحماية العميل والبنك وهى صياغة فقرة فى العقد فيما لو تم رفض شرط الضمان المشروط وهذه الفقرة تنص على أن مسئولية البنك المصدر تنتهى بمجرد تقديم العميل إثباتًا بأن العقد محل الضمان قد تم تنفيذه وفقًا لشروطه من قبله وقد يطلب المستفيد أن يكون هذا الإثبات مقدمًا من قبل جهة ثالثة محايدة .

١١ - أيضًا فى سبيل حماية العميل من المستفيد الذى قد يكون مخلاً بالتزاماته التعاقدية ويطلب دفع المنصوص عليه فى خطاب الضمان ، فإنه قد يشترط أن يقوم المستفيد بفتح خطاب اعتماد احتياطى ، بحيث تكون صلاحية خطاب الضمان مشروطة بفتح خطاب الاعتماد الاحتياطى من قبل المستفيد وفى وقت محدد .

١٢ – قد يعمد العميل إلى تقديم خطاب ضمان محدد بمدة معينة أو أن يكون هناك نص فى الاعتماد على أن يكون أى ادعاء محدود بمدة معينة ومحددة كما هو الحال بالنسبة لخطاب الاعتماد دون أن يشترط أن يتم إعادته إلى العميل فور انتهاء مدته . مثال ذلك ما تفرضه المادة (٥) من قواعد الغرفة التجارية الدولية التى تنص على أن خطاب الضمان له مدة محددة ينتهى بعدها ، والمادة (٦) التى تنص على وجوب إعادة خطاب الضمان بعد انتهاء مدته أو أن مدة صلاحيته ستنتهى تلقائياً بعد هذه المدة [٦٧] .

١٣ – أن يتم النص على أن الضمان يشمل الدين كاملاً أو قيمة العقد كاملة ، أى أن تكون مسئولية الضامن لكافة مسئوليات وديون المضمون ، بالإضافة إلى كل ما يتحمله البنك من تكاليف ذات علاقة بهذا المبلغ المضمون ويمكن استعادته بموجب الضمان .

١٤ – يستحسن أن يتم النص على أن المبلغ المضمون لا يمكن دفعه من قبل البنك بمجرد الطلب وإنما لابد للشخص المستفيد من تقديم طلبه خلال فترة محددة .

١٥ – يستحسن ألا يتم النص من قبل البنك فى خطاب الضمان على حق الضامن فى السماح للضامن الآخر المشارك معه فى التحلل من التزاماته وإحالتها للضامن ، نظراً لأن تعدد الضامنين يجعلهم أكثر قدرة على دفع مبلغ الضمان .

١٦– يستحسن أن يتم النص على القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان فيما لو حصل نزاع حول مضمونه ، ويفضل أن يكون هذا القانون هو نفس قانون العقد المضمون تنفيذه بموجب خطاب الضمان هذا .

الهوامش

(١) د. عبدالمجيد محمد عبودة : الكفالات البنكية فى المملكة العربية السعودية ، حقوق الطبع والنشر محفوظة لمعهد الإدارة العامة بالرياض ، المملكة العربية السعودية ، ١٤٠٨هـ ، ص (٣) .

(٢) فى القانون المدنى الكويتى تنص المادة (٣٠٧) على أن «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه» .

(٣) سورة البقرة آية رقم (٢٨٣) .

(٤) رواه البخارى ومسلم .

(٥) د. عبدالمجيد محمد عبوده ، مرجع سابق ، ص ص (٣-٢٠) .

(٦) الشيخ محمد الزهرى الغمراوى : السراج الوهاج على متن المنهاج للإمام محيى الدين يحيى بن شرف النووى الشافعى ، ص (٢٠٩) ، الطبعة الأولى ، الناشر دار الكتب العلمية ، بيروت (١٤١٦هـ - ١٩٦٩م) .

(٧) الشيخ بهاء الدين عبدالرحمن بن إبراهيم المقدسى : العدة شرح العمدة فى فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيبانى رضى الله عنه ، ص (٢٠٧) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ ١٩٩٠م ؛ وانظر أيضًا : د. عبدالله الدرعان : المدخل للفقه الإسلامى ، تاريخه - قواعده - مبادئه العامة ، ص (٦٠٦) مكتبة التوبة ، الطبعة (١) .

(٨) د. وهبة الزحيلى : الفقه الإسلامى وأدلته ، ج (٥) ، دار الفكر ، دمشق ١٤٠٤هـ (١٩٨٣م) ، ص (١٨٠) .

(٩) د. عبدالمجيد عبوده ، مرجع سابق ، ص (٨) .

(١٠) انظر : الشيخ بهاء الدين عبدالرحمن بن إبراهيم المقدسى ، مرجع سابق ، ص (٢٠٥) ، الشيخ عبدالرحمن الجزيرى : الفقه على المذاهب الأربعة ، قسم المعاملات ، الجزء الثالث ، ص (٢٢١) ، دار إحياء التراث العربى (بدون تاريخ) . د. وهبة الزحيلى ، مرجع سابق ، ص (١٣٠) .

(١١) تنص المادة (١/٧٧٩) من القانون المدنى المصرى على أن «كفالة الدين التجارى تعتبر عملاً مدنيًا ولو كان الكفيل تاجرًا» ، والمادة (٢/٧٧٩) تنص على أن «الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانًا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائمًا عملا تجاريًا ، انظر فى هذا الخصوص : د. عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط فى القانون المدنى ، نظرية الالتزام ، ج (٣) ، دار إحياء التراث العربى ١٩٥٨م ، ص (٦٧) . وفى المملكة العربية السعودية ليس هناك نص صريح بهذا الخصوص سوى ما تلمح له المادة (م/٢/ج) من نظام المحكمة التجارية التي تعتبر الكمبيالة من الأعمال التجارية ، والمادة (١٣) من السجل التجارى التى تعتبر تاجرًا كل من يشتغل بأعمال البنوك . انظر عبودة ، مرجع سابق ، ص (١٢) .

(١٢) القاضى الدكتور محمود الكيلانى ، مرجع سابق ، ص (٢٥) .

(١٣) د. على جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص (٥٣٧) ، حيث يقول «البنك لا يضمن العميل فى تنفيذ التزامه قبل الغير كما هو شأن الكفيل العادى بل إن كفالة البنك هنا لها معنى يحل محل النقود تماماً ... وهى حلول الخطاب محل النقود تماماً كما يحل الشيك أو الورقة التجارية فى النقود فى الوفاء» .

(١٤) راجع النشرة التى أصدرتها غرفة التجارية الدولية بباريس رقم (٣٢٥) (١٩٧٨م) ، ICC . Brochure no. 325, (1978)

(١٥) Ignaz Seidl-Hohenveldern : International Economic Law, p. 137-164, (Martinus Nijahff Publishers, 1989).

- Peter Sarcevic & Hans Van Houtte : Legal Issues in International Trade, (Graham & Trotman, 1990).

(١٦) د. على جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص (٥٦٩) .

(١٧) انظر القاضى د. محمود الكيلانى ، مرجع سابق ، ص (١٤٣) .

(١٨) قانون التجارة الكويتى المواد من (٣٨٢-٣٨٧) الصادر بالمرسوم رقم (٦٨) فى ١٩٨٠م .

(١٩) قانون التجارة العراقى رقم (٣٠) ، الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية للجمهورية العراقية ، العدد (٢٩٨٧) ، الثانى من أبريل نيسان ١٩٨٤م ، السنة (٢٦) ، المادة (٢٨٧) .

(٢٠) قانون التجارة العراقى رقم (٣٠) ، الوقائع العراقية ، الجريدة الرسمية للجمهورية العراقية ، العدد (٢٩٨٧) ، الثانى من أبريل نيسان ١٩٨٤م ، السنة (٢٦) ، المواد (٢٨٧-٢٩٣) .

(٢١) قانون التجارة العمانى رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠م ، المواد (٣٩٢-٣٩٧) .

(٢٢) مشار إليه فى عمليات البنوك ، د. على جمال الدين عوض ، مرجع سابق ، ملحق الفرع الأول ، ص (٢٠٩) ، ولم يلق الإصدار الأول القبول المطلوب ومن ثم أصدرت ما يسمى بـ Uniform Rules for Demand Guarantees نشرة رقم (٤٥٨) أبريل ١٩٩٢م ، وقد كانت هذه القواعد نتاج عمل مشترك بين ممثلين للجنة التجارة وتقنيات البنوك فى الغرفة . هذا وقد نصت القواعد على أن على البنك واجب إخطار الآمر بمطالبة المستفيد له بوسيلة سريعة .

(٢٣) وقد نصت المواد من ٢٤ إلى ٣٤ من القواعد على كيفية انتهاء خطاب الضمان ومن ذلك ما يلى :

«(أ) بانقضاء مدة معينة أو واقعة محددة أو تاريخ محدد أو أية عبارة ترد فى الخطاب وتدل على الانقضاء .

(ب) بتنازل المستفيد عن الخطاب وذلك كأن يطلب إلغاءه (إلغاء الضمان أو التخلى عنه)

(ج) انقضاء مدة التمديد التى طلبها المستفيد ووافق عليها الضامن» .

(٢٤) د. على جمال الدين عوض : الضمانات المصرفية ، مرجع سابق ص (١٢) ؛ وانظر أيضاً (١٢) لنفس المؤلف الاعتمادات المصرفية ، ص (١٠١) .

(٢٥) تختلف أهمية الضمان فى العقود التجارية الدولية عنها فى العقود الداخلية حيث إنها محكومة بأعراف وقوانين وقواعد غير تلك المعروفة والمطبقة فى الضمانات الداخلية .

(٢٦) د. محمود الكيلانى ، مرجع سابق ، ص (٢٥٨) .

(٢٧) نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها الصادر بالمرسوم الملكى رقم (م/١٤) وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ .

(٢٨) د. على جمال الدين عوض : الضمانات المصرفية ، مرجع سابق ، ص (٨) .

(٢٩) Geraldine Andrews & Richard Millett : Law of Guarantees, p. 408-409, (Longman Group UK Limited, 1992).

(٣٠) د. محمود الكيلانى ، مرجع سابق ص ص (١٣٠-١٣١) .

(٣١) د. محمود محمود الكيلانى ، مرجع سابق ، ص (٢٣١) .

(٣٢) د. على جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص ص (٥٧١-٥٧٦) .

(٣٣) د. محسن شفيق : القانون التجارى ، ج (٢) ، فقرة (٥٤٧) ، طبعة ١٩٦٨م .

(٣٤) د. على جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، ص ص (٥٧١ - ٥٨٧) ؛ وانظر أيضاً الكيلانى ، مرجع سابق ، ص (١٨٨) ، و ص ص (٢١٧-٢١٨) .

(٣٥) د. محمود الكيلانى ، مرجع سابق ، ص (١٩٠) .

(٣٦) د. محمود الكيلانى ، مرجع سابق ، ص ص (١٤٦-١٤٧) ، د. على جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص ص (٥٦٣-٦١٣) .

(٣٧) د. محمود الكيلانى ، مرجع سابق ، ص ص (٢٣٢-٢٣٤) .

(٣٨) Tim A. Forgerson : Standby Letter of Credit-True Letters of Credit or Guaranties : Republic National Bank V. Northwest National bank, Vol. 33 Southwestern Law Journal, p. 1301-1314, (1980).

(٣٩) د. محمود الكيلانى ، مرجع سابق ، ص (٢١٢) .

(٤٠) د. على جمال الدين عوض : عمليات البنوك ، مرجع سابق ، ص (٥١٠) .

(٤١) راجع فى ذلك الأحكام الصادرة فى خمسين قضية دولية صدرت من محكمة التحكيم العليا بغرفة التجارة الدولية بباريس ، د. محيى الدين إسماعيل علم الدين : منصة التحكيم التجارى الدولى ، الجزء الأول ، (١٩٨٦م) ، ص ص (٢٠٢-٢٠٦) ، د. محمود الكيلانى ، مرجع سابق ، ص ص (٢١٢-٢١٦) .

(٤٢) الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية فى نشرتها رقم (٥٠٠) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية ١٩٩٣م ، المادة رقم (٤٢) فقرة (أ) .

(٤٣) نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها الصادر بالمرسوم الملكى رقم (م/١٤) وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ينص فى المادة (٢/د) منه على أن يتضمن كل عرض ضمانًا ابتدائيًا يتراوح من ١٪ إلى ٢٪ من قيمة العرض ،وذلك وفقًا لما تحدده الشروط والمواصفات ، وأن كل عرض لا يتضمن هذا الضمان سوف لن ينظر فيه من قبل لجنة تحليل العروض .

(٤٤) د. على جمال الدين عوض : خطابات الضمان ، مرجع سابق ؛ ص (٢٥) ، د. الكيلانى ، مرجع سابق ، ص ص (٢٢٠-٢٢١) ؛ د. عبدالمجيد محمد عبودة ، مرجع سابق ، ص (٦٠) .

(٤٥) د. محمود الكيلانى ، مرجع سابق ، ص (٢٢٧) .

(٤٦) Stanley Hurn : Syndicated Loans, p. 1-3, (Woodhead-Faulkner Publishers Ltd., 1990).

(٤٧) Geraldine Andrews & Richard Millett, op. cit., p. 406-407.

(٤٨) Ibid., p. 408.

(٤٩) Geraldine Andrews & Richard Millett, op. cit., p. 405.

(٥٠) Richard J. Driscoll : The Role of Standby Letters of Credit in International Commerce : Reflections After Iran, Vol. 20, Virginia Journal of International Law, p. 459-504, 468, (1980).

(٥١) George Weisz & Jonathan I. Blackman : Standby Letters of Credit After Iran : Remedies of the Account Party, Vol. 1982 University of Illinois Law Review. No.1, p. 355-384, at 385-360, (1982).

- E. P. Ellinger, M. Jirr.D. Phil., (Oxan) ; Sin. John Burry : Standby Letter of Credit, Uses of Letter of Credit and Bank Guarantees in the Insurance Industry, Vol. 6. International Business Lawyer, p. 604-641, 610-622, (1978).

(٥٢) E. P. Ellinger, M. Jirr. D. Phil. (Oxan) , Sin. John Burry, op. cit p. 611.

(٥٣) G. W. Janes : Letter of Credit in the U.S Construction Industry, Vol. 14, International Business Lawyer, p. 17, (1986).

(٥٤) تنص المادة (١) من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية فى أخر نشرة صادرة منها برقم (٥٠٠) على مايلى :

«تطبق الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية ... ، الصيغة المعدلة لعام ١٩٩٣م ، منشور غرفة التجارة الدولية رقم (٥٠٠) ...، على جميع الاعتمادات المستندية (بما فى ذلك اعتمادات الضمان - Standby Letter of Credit - ضمن حدود تطبيق تطبيق الأصول والأعراف الموحدة عليها) التى تكون هذه الأصول والأعراف مدرجة فى نصها ، وهى ملزمة لجميع أطرافها إلا إذا اشترط الاعتماد صراحة خلاف ذلك .

(٥٥) Barias Kazalckyk : The Emerging Law of Standby of Letter of Credit and Bank Guarantees, Vol. 24 Arizona Law Revieue, p. 319-369, 325-326, (1982).

(٥٦) Richard J. Driscoll, op. cit., p. 495-496.

(٥٧) Richard J. Driscoll, op. cit., p. 470-471.

(٥٨) Mark P. Zimmett : Standby Letter of Credit In the IRAN Litigation : Two Hundred Problems in Search of a Solution, Vol. 16, Law & Policy In International Business, p. 927-963.

- George Weisz & Jonathan I. Blackman : Standby Letters of Credit After IRAN : Remedies of The Account Party, 1982 U. Illinois L. R. p. 355-384.

(٥٩) Richard J. Driscoll, op. cit., p. 499-501.

(٦٠) د. محمود الكيلانى : عمليات البنوك ، ج (١) ، ص (١٤٣) .

(٦١) د. محمود الكيلانى ، المرجع السابق ، ص (١٩٦) .

(٦٢) د. محيى الدين إسماعيل : موسوعة عمليات البنوك ، ج (٢) ، ص (٨٢٣) .

(٦٣) د. محمود الكيلانى ، ج (١) ، ص (٢٤١) .

(٦٤) المرجع السابع ، ج (١) ، ص (٢٥٧) .

(٦٥) د. محيى الدين إسماعيل ، ج (٢) ، ص (٨٢٥) .

(٦٦) Geraldine Andrews & Richard Millett, op. cit., p. 413.

(٦٧) Geraldine Andrews & Richard Millett, op. cit., p. 416.

البـــاب
الثـــامن

وسائل حل منازعات
العقد التجارى الدولى

تنشـأ منازعـات تنفيـذ العقـد التـجارى الدولى عندمـا يدعى أحـد أطرافـه بحق فى مواجـهة الطرف الآخر ، إمـا بسبب عدم التنفيذ للالتزامـات الناشئة عنه ، أو أن التنفيذ لها كان مـخالفًا للشروط والمواصفات التى تم اتفاق الأطراف عليها مسبقًا ، أو عدم الوفاء بكامل الالتزامات التى يفرضـها العقد .

وعدم التنفيذ للالتزامات التعاقدية قد يكون بحجة عدم وجود مثل هذه الالتزامات أو عدم المسئولية عنها إلى غير ذلك من صور المنازعات التى تنتج عن تنفيذ العقـود التجارية الدولية . والحل لمثل هذه المنازعات يتطلب إثبات المسئولية على الطرف المقصر فى عدم التنفيذ و تطبيق الجزاءات المترتبة على هذا التقصير .

كل هذا يتطلب معرفة القانون الواجب التطبيق فى حالة حصول نزاع حول تنفيذ العـقـد التـجارى الدولى ، ممـا يعنى نشـوء مـشكلة تنازع القـوانين . ومسـألة تنازع القوانين هذه تعتبر من المسائل الشائكة فى التجارة الدولية لأنها تؤدى إلى إشاعة القلق بين أطراف العقد التجارى الدولى ، نظرًا لتعدد النظم القانونية وتباينها فى حكم المسألة الواحدة . ولكن حل مـثل هذه المشكلة يتم بتحديد النص على القـانون الواجب التطبيق على أى نزاع ينشأ عن تنفيذ العقد التجارى الدولى . ويتم تحديد أسلوب حل هذا النزاع بالاختيار بين اللجوء إلى القضاء المختص أو التحكيم التجارى الدولى .

واللجـوء إلى التـحكيم يعـتـبـر أحد الوسائل المفضلة والمتاحة لتسوية مـثل هذه النزاعات وفقًا للقانون الذى حدده الأطراف ليحكم العقد أو ، إن لم يتم اختيار مثل هذا القـانون ، حل النزاع والحكم فيه وفقًا لقواعد القانون الدولى أو المبادئ العامة فى القانون كما يراه البعض [١] .

هذا وسـواء أدى ذلك إلى تجنب تنازع القـوانين أم لا ، فـإن التـحكيم يلعب دورًا كبيرًا فى حل وإنهاء المنازعات التجارية الدولية . وهذا الدور الكبير تم اكتسابه من خلال محاسن التحكيم المميزة له والدور البارز الذى يلعبه فى حل المنازعات ، ودوره فى الإبقاء على العلاقة بين أطراف العقد التجارى الدولى مستمرة . كما أن هذا الدور الكبير المميز للتحكيم التجارى الدولى كأسلوب لحل المنازعات التجارية أدى إلى اعتباره نظامًا قضائيًا دوليًا منافسًا للقضاء الوطنى فى إنهاء النزاعات بين التجار على اختلاف جنسياتهم والنظم السياسية ، والقانونية التى ينتمون إليها [٢] .

وقد تم الاعتراف من قبل غالبية دول العالم بأن التحكيم يعتبر أفضل وسيلة لحل المنازعات التجارية الدولية ، وذلك عن طريق إصدار قوانين لتنظيم عملية التحكيم [٣] ، والسماح باستخدام المحاكم الوطنية لمعالجة بعض المشاكل التى تنشأ قبل التحكيم أو أثنائه ؛ مثل الأمر باستخراج أدلة الإثبات والوثائق اللازمة لذلك ، أو إجبار الطرف الحائز عليها على تسليمها للمحكمين ، و تطبيق حكم المحكمين بعد صدوره [٤] .

إضافة إلى ذلك نجد أن كثيراً من المنظمات الدولية عملت على إصدار قواعد لتنظيم عملية التحكيم من الناحية الإجرائية والإشراف على هذه العملية ، مثل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى ، التابعة للأمم المتحدة والمسماة UNCETRAL ، والتى أصدرت عام ١٩٧٦م القواعد الخاصة بالتحكيم الدولى [٥] ، وغرفة التجارة الدولية ICC [٦] . كما أن هناك اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام ١٩٥٨م بين الدول الموقعة عليها .

وتوضيحاً لذلك فإننا سوف نبحث فى هذا الباب ما يلى :

الفصل الأول : طرق حل المنازعات التجارية .

الفصل الثانى : التحكيم فى العقود الفنية المعقدة - عقود الإنشاءات .

الفصل الثالث : صياغة حكم المحكم وتنفيذه .

الهوامش

(١) Mr. Carlo Croff : The Applicable Law in an International Commercial Arbitration : Is It Still a Conflict of Laws Problem?. Vol. 16, International Lawyer, p. 613. (1982).

(٢) د. أبو زيد رضوان : الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، دار الفكر العربى ، ١٩٨١م ، ص (٧) .

(٣) Martin Domke : Domke on Commercial Arbitration, The Practice of Commercial Arbitration, Revised Edition By : Gabrielle M. Wilner : Part l. Chapter 1. p. 1. (1988).

– د. أحمد أبو الوفاء : التحكيم فى القوانين العربية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، (بدون تاريخ) .

(٤) Mauro Rubino-Sammortono : Rules of Evidence in International Arbitration : A need for Discipline and Harmonization. Vol. 3, Journal of International Arbitration, No. 2, p. 87-91. (1986).

(٥) أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى هذه القواعد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٩٨/٣١) المؤرخ فى ١٥ ديسمبر عام ١٩٧٦م . الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة الحادية والثلاثون ، الملحق رقم (A/٣١/١٧) ، الفصل الخامس ، الفرع (جـ) .

(٦) تعتبر هيئة التحكيم فى غرفة التجارة الدولية هى الجهاز الرائد فى التحكيم التجارى الدولى . وقد أنشئت هذه الهيئة للبت فى منازعات الأعمال ذات الطابع الدولى لما هو معروف عنها من حيدة ومعرفة وخبرة فى قضايا التجارة الدولية فى جميع أنحاء العالم . وقد تضمنت النشرة رقم (٤٤٧) النظام الجديد للمصالحة ونظام التحكيم ، المعدل لنظام عام ١٩٧٥م ، والساريان اعتباراً من أول شهر يناير من عام ١٩٨٨م . وقد أنشئت هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية عام ١٩٢٣م ، وأثبتت شهرتها على التجربة والممارسة التى اكتسبتهما من خلال نظر آلاف القضايا المتعلقة بمنازعات تجارية دولية وقد انتشرت هذه الشهرة وتوطدت فى العالم أجمع . وقد توسع التحكيم التجارى منذ سريان نظام تحكيم الغرفة فى عام ١٩٧٥م نتيجة لهذه الشهرة التى اكتسبها التحكيم التجارى من خلال غرفة التجارة الدولية .

الفصل الأول
طرق حل المنازعات التجارية الدولية

تختلف العقود التجارية الدولية للتى يكون موضوعها بيع بضائع معينة أو تأدية خدمة لمرة واحدة فى وقت قصير محدد ، عن العقود التى يحتاج تنفيذها إلى مدة طويلة ، فالعقود قصيرة المدة لا تحتاج إلى نص فى العقد يؤكد المرونة والحاجة إلى التعديل فيما لو حصل ما يدعو إلى ذلك . وعليه فإن مثل هذا النوع من العقود يمكن أن تتم صياغتها بأمان مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف وقت التعاقد فقط ، أو وقت التنفيذ .

وتعتبر المرونة فى التجارة الدولية شيئاً أساسياً خاصة فى العقود التجارية الدولية ذات فترة التنفيذ الطويلة المدة . وهذه العقود طويلة الأجل تتطلب صياغتها بصفة عامة الكثير من التفكير والتخطيط مما قد يستلزم إدخال العديد من الشروط التعاقدية أو النصوص التى يتم إعدادها وصياغتها بهدف تعميم المرونة على العقد طيلة مدة تنفيذها . لذلك نجد أن كثيراً من رجال الأعمال المشتغلين بالتجارة الدولية ، أو محاميهم ، قد يغفلون عن شيء مهم جداً وهو وضع نص فى العقد يتيح الفرصة لأطراف العقد لتأصيل هذه المرونة دون اللجوء إلى إعداد عقد جديد أو تعديل العقد القائم .

مثل هذه المرونة تتمثل فى تضمين العقد نصًا يتيح الفرصة لأطرافه لإعادة التفاوض حول بعض بنوده عندما تتغير الظروف ، ويرى أطراف العقد أن هناك حاجة إلى تعديل شروطه ؛ فمثلاً إذا أدى تغير الظروف إلى الحيلولة تماماً دون تنفيذ العقد أو أدت هذه الظروف إلى وجود صعوبة فى تنفيذه أو حصول خسارة لأحد الأطراف ، فقد يؤدى عدم الاتفاق على حلها إلى اللجوء إلى طريقة أكثر خسارة لكل الأطراف ، مثل توقف التنفيذ واللجوء إلى القضاء أو التحكيم وما يتبع ذلك من خسارة مالية يتحملها الأطراف جميعًا أو أحدهم [1] .

لذلك فإن هذه المرونة المطلوبة يجب أن تكون من الاهتمامات الأولى لمن يقوم بالتفاوض وصياغة العقد التجارى . فالصياغة السليمة لنصوص العقد يمكن أن تحول دون وقوع كثير من المشاكل ، فمثلاً ؛ الإشارة صراحة فى العقد لأسلوب حل النزاع

الذى ربما ينشأ عن تنفيذ العقد التجارى الدولى ، يمكن أن تحول دون حدوث فراغ ينشأ عنه نزاع وجدل بين أطراف العقد فى المستقبل ، مما يستتبع اللجوء لحله عن طريق النظام القانونى فى البلد الذى سوف ينفذ فيه العقد ، وذلك لأن كثيراً من الأنظمة القانونية تتيح الفرصة لإمكانية تعديل العقد دون أن يكون هذا العديل خرقًا للالتزامات التعاقدية المنصوص عليها فيه (٢) .

أيضًا فى العقود طويلة المدة ، المرونة تستدعى أن تسمح لغة العقد بزيادة السعر بنسبة مئوية سنوية تتماشى ونسبة التضخم ، أو أن تكون الزيادة بناء على طلب أحد الأطراف ، عندما يجيز العقد له الحق فى تعديل الكمية أو النوعية لموضوع العقد من طرف واحد (٣) . لذلك وتفاديًا للخضوع إلى النظام القضائى فى الدولة التى سوف ينفذ فيها العقد قد يعمد أطراف العقد التجارى الدولى إلى اختيار وسيلة حل النزاع التى يفضلونها وذلك باختيار التحكيم لما له من محاسن وتفضيله على اللجوء إلى القضاء المحلى فى حل النزاع الذى قد ينشأ بينهم عند تنفيذ العقد التجارى .

المبحث الأول
اللجوء إلى القضاء

يعتبر اللجوء إلى القضاء لحل منازعات العقود التجارية الدولية من الطرق المكلفة جداً ماليًا بسبب القيود التى تفرضها النظم القانونية ، سواء من حيث تعدد درجات التقاضى ، أو بطء إجراءات المرافعات ، أو عدم تجاوب القواعد الوطنية ، التى يطبقها القاضى الداخلى ، مع متطلبات المرونة والمفاهيم الموسعة التى تقتضيها طبيعة التعاملات التجارية الدولية (٤) .

وبسبب ما يتطلبه ذلك أيضًا من حصول الأطراف على مساعدة قانونية عن طريق مكتب محاماة أو محامين فى أماكن متعددة ، بالإضافة إلى بطء القضاء فى حل المنازعات التجارية الدولية ، خاصة العقود الفنية الكبيرة والمعقدة منها ، كما هو الحال فى عقود نقل التكنولوجيا وعقود المشاريع الإنشائية أو الهندسية .

كما أنه فى منازعات العقود التجارية الدولية لا يمكن اللجوء بشأنها إلى محكمة العدل الدولية نظراً لأنها تنظر فى النزاعات بين الحكومات والمنظمات الدولية فقط ، ولا يوجد محكمة دولية لنظر المنازعات التجارية التى تنشأ بين الأفراد فى العقود الخاصة (٥) .

واللجوء إلى القضاء يعنى اللجوء إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع فى بلد معين والخضوع لنظامها القضائى وإجراءاته المعقدة التى قد تطيل مدة التقاضى وما يستتبع ذلك من خسارة مادية كبيرة . كما أنه عند صدور الحكم من المحكمة المختصة فى بلد معين قد يجد الطرف المحكوم له صعوبة فى تنفيذ هذا الحكم ، ما لم يكن هناك اتفاقية دولية ، بين دولة المدعى والدولة التى صدر فيها الحكم ، تقضى بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة من محاكم إحدى الدولتين فى الدولة الأخرى . فإذا تم اختيار اللجوء إلى القضاء من قبل أطراف العقد فعليهم أولاً معرفة ما إذا كان يمكن تنفيذ هذا الحكم فى الدولة التى يوجد فيها الطرف المقصِّر فى العقد أو مكان وجود أملاكه وأمواله حتى يسهل التنفيذ عليها .

كما يجب التأكد مما إذا كان هناك اتفاقية لتنفيذ الأحكام القضائية أو الاعتراف بها بين الدولتين (٦) ، خاصة وأنه لا يوجد اتفاقية دولية بين الدول مجتمعة لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة من دولة فى دولة أخرى وإنما توجد اتفاقات ثنائية فى كثير من الأحيان يصعب تنفيذها لتأثرها بالعامل السياسى (٧) ، مما يجعل اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التجارية الدولية هو أفضل وسيلة ، لوجود اتفاقية دولية خاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية تسمى باتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام ١٩٥٨م ، حيث سميت باسم المدينة التى عقدت فيها (٨) .

المبحث الثانى

اللجوء إلى التحكيم

التحكيم ليس وليد عصرنا هذا ، بل كان معروفًا للعرب قبل الإسلام حيث كانت هناك صورتان من صور التحكيم لدى العرب . الأولى : تحكيم بالصلح وفيها يحاول المحكم أن يفصل فى النزاع بين المتخاصمين بالصلح بينهما ، حيث يبحث المحكم عن صيغة للمصالحة بين الأطراف . والثانية : تحكيم بالحق وفيها يبحث المحكم عن الخصم المحق فى دعواه ويحكم له بحقه ، وهو المعروف الآن فى وقتنا الحاضر بالتحكيم القانونى .

ويتفق الفقهاء على أن التحكيم هو اتفاق الخصوم على تولية طرف ثالث فصل النزاع بينهما ، حيث «إن التحكيم هو تولية الخصمين حكما يحكم بينهما ، وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر» (٩) .

والتحكيم بمعناه العام يعد طريقًا من طرق التسوية القضائية للمنازعات الدولية التى يكون أطرافها أحد أشخاص القانون الدولى ، كما نصت على ذلك المادة (٨٣) من اتفاقية لاهاى المعقودة سنة ١٩٠٧م بشأن التسوية السلمية للمنازعات الدولية (١٠) .

أما التحكيم بمعناه الخاص المتعارف عليه ، فهو التحكيم التجارى المحلى والدولى . وهذا الأخير اتسع نطاقه باتساع حركة التبادل التجارى الدولى ليلبى حاجة فرقاء التجارة الدولية فى حل نزاعاتهم بشكل يرضى جميع الفرقاء .

والتحكيم الذى يهمنا هنا هو التحكيم التجارى الدولى لنزاع بين أطراف خاصة من جنسيات مختلفة ناشئ عن علاقة تجارية بينهما وله بعد دولى . فهو يشبه إلى حد بعيد التحكيم التجارى الوطنى ، وينتج عن اتفاق بين الأطراف المتعاقدة للجوء إلى حل النزاع بينهما على معاملة تجارية إلى هيئة قضائية خاصة تستمد قوتها من هذا الاتفاق بين الأطراف . وعليه فإن التحكيم لا يكون إلا باتفاق الأطراف ، وهذا الاتفاق على التحكيم يكون بإحدى صورتين :

الصورة الأولى : هى أن يتم الاتفاق على وضع النزاع بعد نشوئه للحل فى يد طرف

ثالث ويتم توقيع اتفاقية فى هذا الشأن بينهما بموجبها يحال النزاع إلى التحكيم سواء كان المحكم واحداً ، أو هيئة تحكيمية ، وهذا الاتفاق يسمى باتفاقية التحكيم Arbitration Agreement .

والصورة الثانية : هى أن الأطراف قد يرون ابتداء أن يضمنوا العقد شرطاً نموذجياً ينص على أن التحكيم هو وسيلة حل النزاع بين أطرافه فى حالة نشوء مثل هذا النزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه ، ويسمى هذا بشرط التحكيم Arbitration Clause . و يعتبر هذا الشرط عقداً مستقلاً بذاته عن العقد التجارى الذى ورد فيه فى غالب الأنظمة القانونية ، ومن ثم لا يتأثر بصحة أو بطلان العقد الذى ورد فيه (١١) .

وعملية التحكيم تمر بخمس مراحل هى كما يلى :

١ - تبادل الوثائق والطلبات الأولية - طلب اللجوء إلى التحكيم والإجابة عليه .

٢ - اختيار المحكم أو المحكمين .

٣ - التحضير لعملية التحكيم . وهذه العملية يدخل فيها جمع الحقائق والوثائق حول الموضوع وتحضير الشهود .

٤- جلسة الاستماع للمناقشة .

٥- إصدار قرار التحكيم . فإذا التزم الأطراف به فالنزاع ينتهى وإلا فعلى الطرف الفائز بالتحكيم اللجوء إلى المحكمة المختصة لإجبار الطرف الآخر على التنفيذ .

وقد لا ينتهى الأمر عند هذا الحد بل قد يتطلب الأمر فى بعض الحالات ، أو التشريعات (١٢) ، تأكيد حكم المحكم من قبل المحكمة المختصة Confirmation فإذا وافقت المحكمة المختصة على تأكيد حكم المحكم يحوز حكم المحكم حجية الحكم القضائى مما يتعذر معه على الطرف الخاسر المماطلة فى تنفيذه .

الفرع الأول - فوائد ومميزات اللجوء إلى التحكيم :

التحكيم فى المفهوم الحديث لم يعد يقتصر على اتفاق المتعاقدين بعد حصول النزاع على حل المشكلات الناشئة عن تفسير العقد أو تنفيذه ، بل صار بنداً ينص عليه الأطراف فى العقد عند التعاقد ابتداء حيث تتجه رغبة أطراف العقد إلى عدم عرض

نزاعهم على القضاء العادى ، بل فى إقامة محكمة خاصة بهم يختارونها هم بأنفسهم ، ويحددون لها موضوع النزاع والقانون الذى يرغبون فى تطبيقه على موضوع النزاع فيما بينهم . وهذا يعنى أن المحكم ليس قاضياً مفروضاً على الطرفين ، وإنما هو قاض تم اختياره بواسطتهم مباشرة حيث يتم النص عليه فى العقد ، أو بطريقة غير مباشرة عندما لا يتم الاتفاق على شخص أو أشخاص المحكمين فيفوض أمر اختيارهم إلى جهة ثالثة محايدة .

من هذا نستنتج أن للتحكيم فى المسائل التجارية مزايا لا تتوفر فى حالة الالتجاء للقضاء العادى وهى اختيار الأطراف لقاضيهم بأنفسهم ليحكم بينهم فيما تنازعوا فيه . فلو فرضنا أن تاجراً ما لديه الاختيار فى أن يلجأ إلى التحكيم فإن طبيعة المشكلة والإجراءات الواجب اتباعها تعتبر ذات أهمية كبيرة فى تحديد اختيره ، لذا فإن السؤال الذى يطرح نفسه هو ما إذا كان من الواجب أن يتم النص فى العقد عند التعاقد على وجب اللجوء إلى التحكيم فى حالة نشوء نزاع معين عند تنفيذ العقد أو تفسيره وإتباع إجراءات مراكز تحكيم معينة أو أن يترك الأمر حتى نشوء النزاع ، ومن ثم يتم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم ، وإنشاء لجنة تحكيم خاصة بالموضوع ذاته ، وفق إجراءات وقواعد يحددها المحكمون المختارون أنفسهم ، دون التقيد بقواعد مراكز تحكيم معينة أو إجراءات معينة .

كما أن التحكيم مفضل للاعتقاد بأنه أسرع وأقل تكلفة من حل النزاع عن طريق القضاء العادى وتعقيداته الإجرائية . وفى النطاق الدولى ينظر إليه على أنه وسيلة للتأكيد بأن الأطراف سيجدون هيئة قضائية محايدة لحل النزاع ومن ثم يتبدد الخوف من النظام القضائى للطرف الآخر ، مما أدى إلى اعتباره من أفضل طرق حل المنازعات التجارية الدولية التى يلجأ إليها رجال الأعمال ، وهو يتشابه مع القضاء فى أنه ينهى النزاع بحكم نهائى لكلا الطرفين مما يجعله يختلف عن التوفيق أو الصلح الذى لا يكون ملزماً لأى طرف من أطراف العقد إلا إذا وافق الأطراف على تنفيذه .

كذلك يختلف التحكيم عن القضاء فى أن له مميزات متعددة وأهم هذه المميزات هى ما يلى :

١ - حفظ أسرار أطراف النزاع . وهذا من أهم مميزات اللجوء إلى التحكيم لأنه عند

حصول منازعة بشأن تنفيذ عقد معين ، فإن الأمر قد يستوجب أن يكشف الأطراف معلومات خاصة ، قد تكون مهمة وسرية فى تعاملهم أو تتعلق بتجارتهم والكشف عنها قد يكون له أثر كبير على مراكزهم التجارية والمالية أو سمعتهم التجارية . لذا فلا شك أن لدى الأطراف رغبة أكيدة فى المحافظة على سرية هذه المعلومات ، ومن ثم فإن التحكيم يعتير الملجأ الوحيد الذى يمكن أن ينتهى بواسطته النزاع دون إفشاء أسرار التعامل أو ما يتعلق بالقضية موضوع النزاع . لأن المحكمين محكومون بقواعد وإجراءات محددة تحرم عليهم إفشاء أسرار القضايا التى تعرض عليهم ، كما أن القضايا موضوع النزاع غير قابلة للنشر والتداول إلا بعد تصريح من أطراف النزاع ، بخلاف القضاء العادى الذى من مبادئه علانية المحاكمة ، حيث فى كثير من الدول يتم نشر هذه القضايا وتداولها .

٢ – بقاء العلاقات بين الأطراف المتنازعة قائمة مع بعضهم البعض فى تعاملهم التجارى لأن التحكيم أقرب ما يكون إلى التوفيق بين الأطراف فى تنفيذ أو تفسير العقد محل النزاع .

٣ – عدم اتباع الأطراف إجراءات التقاضى العادى وإجراءات الإثبات المحددة والواجبة الاتباع فيما لو عرض النزاع على القضاء . لكن هذا لا يعنى أن المحكم أو المحكمين غير ملزمين باتباع مبادئ العدالة عند نظر النزاع ، بل يجب عليهم التقيد بالضمانات الأساسية للتقاضى ، وبالقواعد الآمرة فى الدولة التى تتم فيها عملية التحكيم .

٤ – إذا لم يطلب الأطراف تطبيق قانون معين على موضوع النزاع ، فللمحكم أو المحكمين الحرية فى اختيار القانون الأنسب لإنهاء النزاع فى القضية المطروحة عليهم أو حتى تطبيق أعراف التجارة الدولية التى لا تخص دولة بعينها ، وإنما تسير عليها المعاملات التجارية الدولية ، دون إلزام وهذا يعطى المحكم مرونة كبيرة فى معالجة النزاع .

٥ – قد تتفق الأطراف المتنازعة على أن يسمعوا النتيجة فقط دون إلزام المحكمين بتسبيب الحكم الذى يصلون إليه لإنهاء النزاع .

٦ – بما أن للوقت أهمية كبيرة فى التجارة الدولية ، فإن اللجوء إلى التحكيم له ميزة

كبيرة فى توفير الوقت على أطراف النزاع ، لأن القضية لو عرضت على القضاء العادى ربما أخذت سنوات طويلة حتى يصدر الحكم النهائى ومن ثم يعتبر النزاع منتهيًا . وربما أيضًا اتخذ أحد الأطراف إشكالات التنفيذ وسيلة لتعطيل تنفيذ الحكم بخلاف ما إذا عرض النزاع على التحكيم الذى يمر بمرحلة قضائية واحدة هى نظر المحكم أو المحكمين للنزاع وإصدار حكم واحد فيه ومن ثم طلب تصديقه وتنفيذه . وقد يُشْتَرط فى العقود التجارية الدولية التنازل من قبل الطرفين عن كل طرق الطعن فى حكم التحكيم كما هو حاصل فى غرفة التجارة الدولية بباريس . ولكن تطبيق هذا الشرط قليل جدًا وقد لا يوافق قاضى التنفيذ على هذا الشرط إذا كان فى الحكم مخالفة للقانون أو لوقائع القضية .

٧ - من مزايا التحكيم أيضًا أن أطراف النزاع دائمًا يراعون فى اختيار المحكمين الكفاءة ، والقدرة ، مع التخصص والخبرة المطلوبة لنظر موضوع النزاع . فمثلاً : إذا كان هناك نزاع يتعلق بالأعمال البنكية فيمكن للأطراف المتنازعة أن تختار متخصصا فى الاقتصاد أو إدارة الأعمال ، وكذلك فيما إذا كان النزاع حول تنفيذ عقد تأمين أو نقل بحرى أو مقاولات إنشاءات لمبانى أو مصانع وغير ذلك ، فتختار المتخصص فيها والعارف المتمرس فى هذه المواضيع ، لأن كل هذه المزايا لا تتوفر فى القضاء العادى الذى يندر أن تجد فيه قاضيًا متخصصًا فى حقل معين غير القانون أو الشريعة .

٨ - ومن مزايا التحكيم أيضًا تخفيض التكاليف ، حيث تعتبر هذه الميزة مهمة جدًا لأى نزاع ينشأ ويكون أحد أطرافه دوليين ، مما يستوجب اللجوء إلى محامين فى دولة قد تكون إجراءات التقاضى فيها والمدة الممكن إنهاء النزاع فيها طويلة ، كما هو الحال بالنسبة لأمريكا وأوروبا وغيرها من البلدان التى تكون فيها أتعاب المحاماة كبيرة جدًا . بينما فى التحكيم يعرف الأطراف ابتداء المبلغ أو نسبة التكلفة التى يأخذها المحكم أو المحكمين من قيمة القضية قبل اللجوء إلى التحكيم [١٣] .

وبناء على ما تقدم يمكن أن نخلص إلى نتيجة هى أن طبيعة النزاع والرغبة فى المحافظة على العلاقات التجارية بين الأطراف وتكاليف التقاضى والسرعة فى إنهاء

النزاع دائمًا تكون أسبابًا جوهرية للجوء إلى التحكيم . وعليه فإن اتخاذ قرار اللجوء إلى التحكيم عندما ينشأ نزاع بين أطراف العقد ، إذا لم يكن فى العقد نص يوجب اللجوء إليه ، عادة يسبقه تقييم شامل من قبل الأطراف بين اللجوء إلى التقاضى عن طريق القضاء العادى أو اللجوء إلى التحكيم .

أما إذا كان أطراف العقد قد نصوا على اللجوء إلى التحكيم فهذا دليل على اختيار الأطراف مسبقًا للتحكيم ، وهذا الالتزام باللجوء إلى التحكيم يعتبر عقدًا مستقلاً يجب تنفيذه لأن النص على ذلك قد تم بالتراضى بين الأطراف دون ضغوط معينة على أى منهما [١٤] ، ومن ثم لا يمكن التهرب من الالتزام بتنفيذه لأن التحكيم فى أساسه وجوهره هو تصرف إرادى هدفه حسم النزاع بين الأطراف بواسطة قضاء خاص ، وهذه هى النتيجة النهائية المرجوة من التحكيم .

الفرع الثانى - طبيعة التحكيم :

التحكيم كما نبحثه هنا يشير إلى التحكيم فى النزاعات التى تنشأ بين الأطراف من جنسيات مختلفة نتيجة علاقة تجارية بينهما ولها بعد دولى .

والتحكيم عملية إرادية يتفق الأطراف بواسطتها على إحالة النزاع إلى طرف ثالث غير متحيز ، يسمى المحكم ، يتم اختياره من قبل الأطراف مباشرة ، أو بواسطة جهة أخرى يوكل الأطراف إليها هذه المهمة ، ليقوم بحل النزاع الناشئ بينهم بحكم ملزم لهم .

فالتحكيم فى حقيقته عقد مستقل بين أطراف العقد التجارى يقبل به الأطراف وسيلة لحل نزاعهم عوضًا عن اللجوء إلى القضاء المختص ، ويعنى اختيار القاضى الذى يرغبون فيه لحل نزاعهم ليحل محل المحكمة المختصة والمحددة بموجب القانون [١٥] .

هذه العملية الإرادية قد تكون ابتداء عند صياغة شروط العقد التجارى ، حيث يعمد الأطراف إلى وضع شرط فى العقد يتفقون بموجبه على إحالة أى نزاع ينشأ بينهم إلى محكم أو اكثر ليصدر حكمه فيه ويعتبر ملزما لهم ويسمى هذا الشرط بشرط التحكيم "Arbitration Clause" . وقد تكون هذه العملية الإرادية لاحقة لنشوء النزاع . حيث

يتم الاتفاق بين الأطراف على إحالة النزاع الذى ينشأ بينهم إلى محكم أو أكثر ليفصل فيه بحكم ملزم يقوم الطرفان بتنفيذه ومن ثم يسمى عندئذ باتفاقية التحكيم.[16] Arbitration Agreement . هذه الطبيعة الاختيارية للتحكيم تنبع من أن الاتفاق بين الأطراف لم يكن إجبارًا من قبل طرف ثالث لاختيار التحكيم بل عملية إرادية بحتة نابعة من اختيار الأطراف وحرية إرادتهم .

وهذا فى الدول التى لا يوجد فيها قانون للتحكيم يلزم الأطراف باحترام الاتفاق وتنفيذه ، كما يمكن لأحد الأطراف فى العقد التجارى الدولى أن يرفض تنفيذ شرط التحكيم أو اتفاقية التحكيم ويرفض اللجوء إليه لحل النزاع عوضًا عن اللجوء إلى القضاء الأصيل المختص بحل هذا النزاع .

والدولة بوضعها القانون الذى يجيز التحكيم تهدف إلى التيسير على الأطراف المتخاصمين فى العقد التجارى والسماح لهم باختيار قاضيهم المتخصص وتوفير الوقت والجهد لتفادى تعقيدات القضاء وإجراءاته المطولة .

وبما أن التحكيم ينشأ باتفاق بين الأطراف فقد اختلفت الآراء الفقهية حول طبيعته فهناك من يرى أنه ذو طبيعة تعاقدية لأنه يستمد قوته من إرادة الأطراف ، سواء كان شرطًا فى العقد الأساسى ، فهو مستقل بذاته عن العقد الذى ورد فيه هذا الشرط [17] ، أو اتفاقية مستقلة تسمى مشارطه أو اتفاقية التحكيم . وعليه فإن القرارات التى يصدرها المحكم تستمد قوتها من توافق إرادة الأطراف ومن ثم يعتبر اتفاق التحكيم هو الأساس حيث يأخذ الوصف التعاقدى على الرغم من أن هناك من يرى أنه ذو طبيعة قضائية أو مختلطة [18] .

وليس مجالنا هنا أن نبحث الخلاف أو الجدل الفقهى حول الطبيعة القضائية أو التعاقدية لاتفاق التحكيم ، وإنما نقول بأن التحكيم يهدف إلى حل النزاع وإنهائه بين طرفى العقد التجارى ، فهو بهذا يحل محل القضاء المختص ومن ثم فهو يحمل عناصر العملية القضائية خاصة وأن المحكمة المختصة لا تتدخل فى حكم المحكم وبحث ما إذا كان مجحفًا فى حق طرف من عدمه إلا إذا كان منافيًا للنظام العام .

لكل هذا يعتبر التحكيم نظاماً قضائياً خاصًا يختار بموجبه الأطراف فى العقد

التجارى الدولى قضاتهم المرغوب فيهم لإنهاء النزاع أو المنازعات التى قد تنشأ أو التى نشأت بينهم وتسوية هذه المنازعة بإصدار حكم ملزم لهم .

الفرع الثالث - جوهر التحكيم التجارى و أنواعه :

التحكيم فى جوهره لا يتضمن مساسًا بحقوق وضمانات الأفراد . فهو لا يتم إلا باتفاق صحيح بين الأطراف . والمحكم ملزم بتطبيق ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف فى وثيقة تحدد إطار مهمته تسمى مشارطة التحكيم Terms of Reference ، مثل اتفاق الأطراف على القانون الذى يحكم إجراءات التحكيم أو موضوع النزاع ... إلخ . وما يتم الاتفاق عليه يجب ألا يتعارض مع القانون فى الدولة ، لأن المحكم ملزم بتطبيق القواعد المتعلقة بالنظام العام فى الدولة التى تجرى فيها عملية التحكيم وعدم مخالفتها وتغليبها على أحكام العقد . إضافة إلى أن قرار المحكم يخضع لرقابة القضاء فيها عند وضع الصيغة التنفيذية عليه (١٩) .

والأصل فى التحكيم أن يكون وفقًا لقواعد قانونية معينة ويسمى عندئذ التحكيم بقانون ، حيث يلتزم المحكمون بتطبيق قانون محدد لحسم النزاع الذى تم اختيارهم للحكم فيه ، ولكن قد يتفق الأطراف على عدم رغبتهم فى تطبيق قانون معين وهو ما يسمى «التحكيم مع التفويض بالصلح» أو ما يطلق عليه أحيانًا التحكيم وفقًا لمبادئ العدالة والإنصاف . وهذا الأخير معروف فى الشرع الإسلامى حيث نصت الآية الكريمة عليه :

«وإن خفتم شقاق بينهما ، فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها ، إن يريدا إصلاحًا يوفق الله بينهما ، إن الله كان عليمًا خبيرًا» (٢٠) .

إلا أن هذا النوع غير معروف فى النظام الإنجليزى (٢١) ، بخلاف الدول التى تأخذ بالقانون المدنى (٢٢) Civil Law . وكلا النوعين من التحكيم ليس بينهما اختلاف بالنسبة لسلطة المحكم الخاصة بتطبيق القانون ولكن فى قوة إلزام كل منهما (٢٣) . والتحكيم بالصلح تعبير عن إرادة الأطراف فى التنازل عن القانون الواجب التطبيق وإعفاء المحكم من تطبيقه والاستعاضة عن ذلك بتطبيق قواعد العدالة والإنصاف .

ومبادئ العدالة والإنصاف تعنى «وجود حل يرضى الطرفين ويضمن استمرار العلاقة بينهما شريطة ألا يخالف النظام العام» (٢٤) . وتفويض المحكم بالصلح قد يشجع المحكم على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولى باعتباره توجيهات عادلة . لهذا يجب التنبيه هنا إلى أن اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم قد تتعارض نتيجته مع ما يتوخاه رجال الأعمال من اللجوء إلى التحكيم ، حيث إن أحكام المحكمين قد تتضارب فى تطبيقاتها حسب خلفية المحكم . وبما أن هدف أطراف العقد هو تحديد التزام كلا الطرفين بوضوح وإنهاء النزاع بما لا يتعارض مع مصالح الأطراف ، فبعض الباحثين لا ينصح باللجوء إلى هذا النوع من التحكيم (٢٥) .

الفرع الرابع - الفرق بين التحكيم المؤسسى وتحكيم الحالات الخاصة :

التحكيم الذى يلجأ إليه أطراف العقد التجارى الدولى قد يكون وفقًا للقواعد التى تضعها هيئة تحكيم دولية دائمة ، يسمى هذا النوع بالتحكيم المؤسسى Institutional Arbitration أو باللجوء إلى تحكيم كل حالة على حدة دون تحديد القواعد التى يرغب الأطراف أن تتم عملية التحكيم على أساسها ويسمى بالتحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة Ad hoc Arbitration .

وفى كثير من الأحيان قد لا يكون لدى أطراف العقد التجارى معرفة كافية بنوع التحكيم الذى يجب أن يلجأوا إليه أهو التحكيم عن طريق مراكز تحكيم دولية أم تحكيم الحالات الخاصة . كما أننا قد نجد أن المستشار القانونى أو المحامى الذى يقوم بالتفاوض على عقد تجارى دولى بالنيابة عن موكله رجل الأعمال ، ليس لديه أيضًا معرفة تامة بقواعد الإجراءات لدى مراكز التحكيم الدولية حتى يمكنه أن يختار منها ما يناسب موكله ، لذا يجب على المستشار القانونى أو المحامى الذى تُوكَل إليه مهمة التفاوض على صياغة شرط أو اتفاقية التحكيم هذه أن يكون مطلعًا وعارفًا بقواعد وإجراءات المؤسسات التحكيمية ليتمكن من أن يختار منها ما يناسب موكله بخصوص هذا العقد (٢٦) .

وعند اتخاذ القرار فى المفاوضات بأن يتم اللجوء إلى التحكيم فى حالة نشوء نزاع على تنفيذ العقد بين الأطراف ، ليس على من يقوم بصياغة العقد وشرط التحكيم فى هذه

الحالة سوى أن يحدد بالتشاور مع الأطراف نوعية التحكيم الذى يرغب الأطراف فى أن يلجأوا إليه فى حالة نشوء النزاع أو فى اتفاقية التحكيم لحل نزاع قائم؛ هل هو تحكيم الحالات الخاصة Ad hoc أو اللجوء إلى التحكيم المؤسسى Institutional Arbitration بتحديد القواعد والمركز الذى يرغب الأطراف أن يتم التحكيم من خلاله [٢٧] .

المطلب الأول - تحكيم الحالات الخاصة :

اللجوء إلى هذا النوع من التحكيم قليل جداً ، وفيه يقوم الأطراف بأنفسهم بإدارة عملية التحكيم بالكامل دون مساعدة من أى مؤسسة تحكيمية. فاختيار الأطراف لهذا النوع من التحكيم لا يتطلب سوى الاتفاق مقدماً على مجموعة من الإجراءات لتحكم عملية التحكيم مستقبلاً . ويمكن أن يتم هذا بسهولة عن طريق إدخال نص فى العقد يشير إلى ذلك ، ويكون على الأطراف عندئذ اختيار المحكمين ومكان التحكيم وقواعد الإجراءات والقانون الواجب التطبيق وتحديد أجرة المحكمين. ويمكن أن تخفف الصعوبات التى يواجهها الأطراف فى وضع قواعد محددة لتحكم إجراءات التحكيم بينهما بتبنى قواعد الإجراءات التى أصدرتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى UNCETRAL .

ومن وجهة النظر العملية غالباً ما يبدو هذا صعباً ، لأنه يتطلب نوعاً من الخبرة فى صياغة الاتفاقية ، للتنبؤ ووضع الضوابط والحلول لكافة التعقيدات المتوقعة لإجراءات التحكيم المستقبلية ، بالإضافة إلى التركيز غير المعتاد من قبل الأطراف أنفسهم حيث يستوجب الأمر أن يتفاوضوا على تفاصيل هذه الإجراءات [٢٨] .وتنبع صعوبة هذه العملية من أن الأطراف يجب أن يتفقوا منذ البداية على قواعد الإجراءات الخاصة التى يضعونها بأنفسهم عند التفاوض على العقد .

وصياغة شرط التحكيم المتضمن اللجوء إلى هيئة تحكيم مستقلة شىء مهم جداً لأن الصياغة القانونية السليمة لهذا الشرط يمكن أن تحول دون الوقوع فى أخطاء تؤدى إلى مزيد من التكاليف الإضافية لعملية التحكيم ، ومن ثم تجرده من ميزاته الرئيسية المهمة وهى قلة التكاليف .

ويمكن تفادى الوقوع فى مثل هذه الصعوبات بالتأكد مسبقًا من أن شرط التحكيم يتضمن القواعد الأساسية التالية :

١ – مكان إجراء التحكيم .

٢ – طريقة وأسلوب اختيار هيئة التحكيم .

٣ – طريقة دفع التكاليف .

٤ – قواعد الإجراءات التى يمكن أن تحكم عملية التحكيم ، سواء تلك الخاصة بمركز تحكيم معين وتم اتفاق الأطراف على اختيارها ، أو قواعد الإجراءات فى التحكيم الداخلى فى الدولة التى تم اختيارها لأن تكون مقرًا لعملية التحكيم .

٥ – القانون الموضوعى الذى سوف يطبقه المحكمون عند تفسير العقد وعند إثبات حقوق الأطراف ، وهو عادة ما يكون القانون الموضوعى للدولة التى ينفذ فيها العقد ، وليس قانون دولة أى من الأطراف المتنازعة أو قانون مقر التحكيم [٢٩] .

وعمليًا ليس لهذا النوع من التحكيم فائدة كبيرة ، أو قد يكون له فائدة محدودة جداً ، هى قلة التكاليف إذ ليس هناك تكاليف تدفع لمركز تحكيم معين . ولكن له مساوئه حيث إنه غير عملى فى تحكيم النزاعات الناشئة عن العقود الفنية الكبيرة المعقدة التى تحتاج إلى خبرة كبيرة .

المطلب الثانى – التحكيم المؤسسى :

نتيجة للفائدة المحدودة التى يمكن أن يحصل عليها أطراف العقد التجارى من اللجوء إلى تحكيم الحالات الخاصة Ad hoc وما يتطلبه ذلك من الانتظار حتى نشوء النزاع ثم يحدد الأطراف الإجراءات التى يرغب الأطراف أن تدار بها عملية التحكيم ، ولتفادى الكثير من مساوئ تحكيم الحالات الخاصة ، فالحل الأمثل هو اللجوء إلى التحكيم المؤسسى ، خاصة فى العقود الفنية المعقدة التى تحتاج إلى خبرة فنية خاصة. بالاضافة إلى ما تقدمه المؤسسات التحكيمية الدولية من خدمات لأطراف النزاع من جنسيات مختلفة مما يجعل هذا النوع من التحكيم أكثر فاعلية وعملية .

والمؤسسات التحكيمية الدولية كثيرة وتتنافس على استقطاب أطراف العقود الدولية

بما تقدمه من تسهيلات أو خدمات لإجراء التحكيم عن طريقها . ومن هذه المؤسسات ماله خبرة كبيرة فى هذا المجال مثل غرفة التجارة الدولية فى باريس International Chamber of Commerce (ICC) ، والمراكز التى تتبنى قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنستراال UNCETRAL) مثل مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى ، واتحاد المحكمين الأمريكى (AAA) ، ومحكمة تحكيم لندن London Court of Arbitration واتحادات الغرف التجارية فى كثير من الدول بالإضافة إلى غرفة التجارة العربية الأوروبية (٣٠) . وغالبية هذه المراكز تتبنى قواعد إجراءات خاصة بها قد تتشابه كليًا أو جزئيًا مع القواعد التى وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى UNCETRAL .

كما أن هذه المؤسسات التحكيمية تساعد فى إدارة عملية التحكيم حيث تقوم بعمل الوسيط بين الأطراف فى إرسال الطلبات وتسهيل عملية التحكيم وذلك من خلال اقتراح أسماء المحكمين أو إحلال غيرهم ، وتسجيل قرار المحكمين ، بالإضافة إلى المساعدة فى الحصول على الاعتراف القضائى بحكم المحكم إذا كان ذلك ضروريًا .

هذا وقد يحتاج أن يطلب الطرف المتضرر فى العقدالتجارى الدولى من المحكمة ، أو يلجأ عند الاستعداد للجوء إلى التحكيم ، إلى اتخاذ إجراءات احتياطية للمحافظة على الأملاك أو الحفاظ على دلائل الإثبات . لذا وفى مثل هذه الحالات نجد أن قواعد بعض المؤسسات التحكيمية تضع حلاً يفى بالغرض ويلبى رغبات الطرف المتضرر كما هو الحال بالنسبة لقواعد غرفة التجارة الدولية (ICC) ، حيث تعطى الطرف المتضرر الحرية قبل تقديم الطلب إلى هيئة التحكيم ، أو قبل تحويله لها ، أن يتقدم إلى الجهة القضائية المختصة للحصول على أمر مؤقت بالمحافظة على واقع الحال ، ولا يعتبر مثل هذا الطلب خرقًا لاتفاقية التحكيم أو له أى تأثير على سلطة المحكم (٣١) . وبالمثل نجد أن قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى UNCETRAL تنص صراحة على السماح للأطراف أن يتقدموا للمحكمة المختصة بطلب اتخاذ إجراءات احتياطية مؤقتة (٣٢) .

وهذا يختلف باختلاف اتجاه المحاكم فى الدول التجارية الكبرى. ففى أمريكا مثلاً تأخذ المحاكم وجهة نظر مختلفة من ذلك عندما يكون الأطراف قد اتفقوا على عملية

التحكيم [٣٣] ، بخلاف الحال فى بعض الدول الأوروبية ، ومنها فرنسا التى تسمح أيضاً بالإضافة إلى ذلك أن تعين المحكمة خبيراً لفحص وإعداد تقرير عن العمل المدعى بأنه معيب أو إعداد تقرير عن الأجهزة أو أى مشكلة تنشأ خلال استمرار العمل [٣٤] ، علماً بأن هذا قد يؤدى إلى ازدواج بين عمل الخبير والمهندس فى عقود الإنشاءات التى يتم النص فيها ويتحتم تضمينها شروط FIDIC . ولكن إذا تم النص على هذه الشروط فالمطلوب فى مثل هذه الحالة أن تكون الصياغة سليمة لتأسيس ، كيف ومتى يمكن أن يتم اللجوء إليها ؟ وكيف يمكن أن تتصل بقوة قرار المهندس ؟ وفقاً للمادة (٧٦) من هذه الشروط [٣٥] .

المطلب الثالث – التحكيم بواسطة غرفة التجارة الدولية (ICC) :

تقع غرفة التجارة الدولية ، International Chamber of Commerce (ICC) فى مدينة باريس فى فرنسا . وتقوم الغرفة بإدارة عملية التحكيم تحت لواء محكمة التحكيم التى أنشأتها ، التى تعتبر سكرتارية لإدارة عملية التحكيم ، تتكون من سكرتير عام ، ومستشار عام وخمسة مستشارين . وهى مسئولة عن إعلان قواعد الغرفة للصلح والتحكيم بالإضافة إلى إدارة عملية التحكيم [٣٦] .

وفقاً لقواعد الإجراءات فى الغرفة يبدأ طلب التحكيم من قبل أحد الأطراف فى العقد التجارى الدولى هو المدعى الذى يدون فى طلبه وصف الدعوى ، وأسماء الأطراف مع إرفاق الوثائق المتعلقة بذلك بما فيها العقد محل النزاع ، وتحديد المحكم المختار من قبله فى هيئة التحكيم [٣٧] . بعد ذلك تقوم الغرفة بإرسال نسخة من هذا الطلب إلى الطرف الآخر الذى يجب عليه الإجابة فى خلال مدة ثلاثين يوماً بدفاعه أو أى ادعاء مضاد ، وتعليقاته على عدد وطريقة اختيار المحكمين [٣٨] .

وللأطراف اختيار عدد المحكمين ، فإذا لم يقوموا بذلك ولم يتفقوا عليه تقوم محكمة التحكيم بتعيين محكم واحد [٣٩] . ولكن قد يتم تعيين هيئة تحكيم سواء بموجب نص فى العقد أو قرار من محكمة التحكيم التى عادة تقوم بتعيين ثلاثة محكمين يكون أحدهم رئيساً لهيئة التحكيم [٤٠] . وعند اختيار المحكمة للمحكمين ، تنص قواعد

الغرفة على أن يكون من غير جنسية دولة الأطراف إلا فى حالة عدم اعتراض الأطراف على ذلك [٤١] .

وفى حالة الاعتراض على حكم المحكمين تقوم محكمة التحكيم بالفصل فى هذا الاعتراض أو إحلال محكم آخر مكان المحكم الغير قادر على القيام بالمهمة [٤٢] . كما تقوم محكمة التحكيم بتحديد مكان التحكيم إذا لم يتفق الأطراف على ذلك [٤٣] . وعند تعيين المحكمين من قبل الأطراف أو من قبل محكمة التحكيم يقوم المحكم أو المحكمون بصياغة مشارطة التحكيم Terms of Reference التى تعتبر وثيقة مهمة فى قواعد الغرفة [٤٤] . هذه المشارطة تُعرِّف وتَصِفُ الأطراف والمحكمين : مثل تحديد مكان محدد لإعلان الأطراف وإشعارهم وتحديد مكان التحكيم كما تلخص الدعوى وتحدد موضوع النزاع [٤٥] .

أيضًا تنص القواعد صراحة على أن للمحكم أن يعمل كموفق ومصلح Amiable Compositeur ، حيث يسمح للمحكم أن يطبق فكرته عن العدالة بالإضافة إلى مبادئ القانون [٤٦] . وهذا يعنى أن المحكم باتفاق الأطراف يكون حرًا وطليقًا فى حل النزاع ، وفقًا لوجهة نظره ووفقًا لما يقدره من الحق والعدل ومبادئ العدالة ، دون النظر أو أخذ أى اعتبار للمبادئ القانونية .

ويمكن أن يتم النص على مثل هذا فى الاتفاق على التحكيم ، سواء عند صياغة شرط التحكيم فى العقد أو عند بداية التحكيم [٤٧] ، فإذا وافق الأطراف على مشارطة التحكيم يقومون بالتوقيع عليها مع المحكم [٤٨] .

بعد الانتهاء من صياغة مشارطة التحكيم وتوقيعها وبدء المحكم عملية التحكيم وسماع الدعوى ، سوف تكون العملية تحت إدارته وتعليماته حتى إصدار الحكم [٤٩] . وللمحكم أن يطلب الاستماع إلى خبير معين دون أن يتم طلب ذلك من قبل أحد الأطراف [٥٠] . كما أن له الخيار فى أن يطلب من الأطراف محاولة الصلح ، فإذا رأى أن ذلك مستبعدًا أو رفض الأطراف طلبه ، يقوم المحكم بكتابة الحكم وتسليمه مبدئيًا إلى محكمة التحكيم قبل أن يصبح نهائيًا . بعد ذلك تقوم محكمة التحكيم فى الغرفة بمراجعته من ناحية الشكل . وليس من ناحية الموضوع ، إلا أن لها الحق فى أن تنبه

المحكم إلى بعض النقاط الموضوعية [٥١] ، ومن ثم يتم إبلاغ الأطراف بالحكم حيث يصبح الحكم نهائيًا ، نظرًا لأنه ليس هناك مرحلة استئناف وفقًا لقواعد غرفة التجارة الدولية .

ويجب التنبيه هنا إلى أن نموذج شرط التحكيم فى قواعد التحكيم فى غرفة التجارة الدولية لا يتضمن إشارة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع بما يعنى أن الموضوع قد يترك دون حل . ولكن من الناحية العملية ، فى حالة خلو العقد من نص يبين القانون الموضوعى الواجب التطبيق ، يمكن أن يتم حل ذلك بواسطة اللجوء إلى قانون البلد الذى ينتسب الأطراف إلى جنسيته أو باختيار المحكمين أو المحكم .

وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع عملية مهمة جداً ، لأن ذلك قد يؤثر على النتيجة النهائية لعملية التحكيم والحكم الصادر فيها ؛ فمثلاً الاختلاف الكبير فى شرط الغرامة المالية بين الأنظمة القانونية يمكن أن يؤدى إلى اختلال كبير وحاسم للنتيجة النهائية لحل النزاع ، نظرًا لأن هناك اختلاف كبير بين الأنظمة القانونية فى مبادئ التعويض عند نكث العقد من قبل الأطراف .

أيضًا قد تنشأ مشكلة عند تحدى مكان التحكيم دون تحديد القانون الموضوعى ، لأن المحكمة فى بعض الأنظمة قد تعتبر تحديد مكان التحكيم مؤشراً على أن قانون المكان المختار يمكن أن يكون هو القانون الذى يفترض أن الأطراف أصلاً اتفقوا على اختياره [٥٢] .

المطلب الرابع - قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى - UNCETRAL :

نظرًا للصعوبات الناشئة عن الاختلاف الكبير بين قوانين التحكيم الداخلية فى الدول المختلفة عملت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى United Nation Commission on Trade Law ، وتعرف اختصاراً بالانسترال UNCETRAL ، حيث عملت منذ أوائل السبعينيات على صياغة قانون تحكيم يمكن أن يطبق بين كافة دول العالم الأعضاء فى الأمم المتحدة [٥٣] .

بالإضافة إلى ذلك قامت الأنسترال - UNCETRAL بإصدار إجراءات وقواعد

شاملة للتحكيم في محاولة لتطوير عملية التناسق بين المراكز التحكيمية حول العالم. هذه القواعد صيغت لتتلاءم مع كافة النزاعات التجارية الدولية حول العالم لتخفيف الفوارق بين الثقافات في اللغة والنظام القانوني الذي قد يعوق حل النزاعات كما هو قول (بيتر ساندرPeter Sanders) الذي قام بصياغتها الذي قال : (هذه القواعد تعتبر قواعد تحكيم متطورة ومتوازنة تم إعدادها بمساعدة خبراء في التحكيم من كافة أرجاء العالم . ويمكن أن تكون مقبولة من قبل الدول النامية التي تم تمثيلها بشكل كبير في اللجنة التي قامت بإعداد وصياغة هذه القواعد) [٥٤] .

ويمكن لكثير من مراكز التحكيم الدولية حول العالم مثل غرفة التجارة الدولية ICC و AAA اتحاد المحكمين الأمريكي ، أن تشرف على عملية التحكيم التي تتم وفقًا لقواعد الأنسترال UNCETRAL ، كما أنها قد تقوم بإجراء بعض التعديلات البسيطة عليها لتتلاءم مع واقع الحال ، كما هو الحال في التحكيم في هيئة النزاع بين أمريكا وإيران [٥٥] .

وتعتبر قواعد الأنسترال في منتصف الطريق بين التحكيم عن طريق هيئة تحكيم خاصة Ad hoc وبين التحكيم عن طريق مراكز تحكيم مؤسسية Institutional . فقد يختار الأطراف تبني قواعد الأنستيرال ببساطة عن طريق الإشارة إلى ذلك في العقد بأن أي نزاع ينشأ بينهما نتيجة تنفيذ العقد سوف تحكمه قواعد الأنسترال .

أيضًا كثير من مراكز التحكيم الإقليمية تبنّت قواعد الأنسترال في التحكيم وتقوم بتطبيقها مثل مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي الذي تبنى العمل وفقًا لهذه القواعد [٥٦] . وقواعد الأنسترال هذه تعتبر شروطا نموذجية يتم إدراجها في العقد ، وتكون خاضعة لقانون التحكيم المطبق وما تنص عليه المؤتمرات الدولية ؛ مثل اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها [٥٧] .

وتتطلب هذه القواعد أن يقوم المدعي عند البدء في تقديم الدعوى ، بإعطاء الدفاع إشعارًا باللجوء إلى التحكيم [٥٨] . وللأطراف أن يقوموا بتعيين المحكمين أو المحكم ، وفي حالة عدم الاتفاق بينهم يقوم المركز التحكيمي المشرف على عملية التحكيم بذلك . أما في حالة عدم وجود مركز مشرف فالأطراف مسموح لهم بالتقدم إلى السكرتير .

العـــام فى مـــحكمـــة التـــحكيم الدائمـــة فى لاهـاى Secretary General of the Permanent Court of Arbitration at the Hague لتقوم بتعيين الجهة التى يمكن أن تقوم بالإشراف على عملية التحكيم (٥٩) .

وكما هو الحال فى مشارطة التحكيم فى غرفة التجارة الدولية ICC فإن الادعاء والدفاع فى حالة تقديمه لادعاء مضاد ، يتوقع أن يقوم بعرض ادعائه ومقدار التعويض المطلوب كتابة . هذا العرض يقدم إلى الدفاع وإلى المحكمين ، وعلى الدفاع فى مدة تحدد من قبل المحكمين لاتتجاوز (٤٥) خمسة وأربعين يومًا ، أن يقدم رده على هذا الادعاء (٦٠) . كما تتضمن هذه القواعد شروطاً شاملة لكيفية تحدى المحكمين من قبل أحد الأطرف أو الطرفين معًا (٦١) .

وتُخوِّل هذه القواعد للمحكمين صلاحية اتخاذ إجراءات احترازية كاتخاذ إجراء للمحافظة على البضاعة محل النزاع ؛ مثل الأمر بوضعها تحت يد طرف ثالث أو بيعها إن كانت قابلة للتلف (٦٢) . كما أن هذه القواعد لا تتطلب أن يكون حكم المحكم مكتوبًا أو أن يكون المحكمون مفوضين بالصلح إذا كان العقد أو اتفاق الأطراف يسمح بذلك (٦٣) .

ولا تنص القواعد على نسبة معينة لأتعاب المحكمين نظرًا لأنها ليست تحت مركز تحكيم معين ، إلا أنها تفترض أن تكاليف التحكيم يتحملها الطرف الخاسر ما لم ير المحكم أو المحكمون غير ذلك كتقسيمها بينهم أو تحميل الطرف الفائز جزءًا منها (٦٤) . كما تنص هذه القواعد على تكاليف الخبراء أو المحكمين بما فيها تكاليف المعيشة والسفر. أيضًا تكاليف الشهود وتكاليف المساعدة القانونية للطرف الفائز فى حالة طلبه ذلك ، إلى الحد الذى يرى المحكم أنه معقول . بالإضافة إلى أى تكاليف أو أتعاب تحملتها الجهة التى قامت بتعيين المحكمين (٦٥) . وقد يطلب المحكم وضع رصيد معيّن من الأطراف لتسديد التكاليف التى تنشأ عن عملية التحكيم سواء قبل أو خلال التحكيم (٦٦) .

أما بالنسبة لنموذج شرط التحكيم فقواعد الأنسترال تضع صياغة نموذجية لما يجب أن يكون عليه هذا الشرط فى العقد بحيث يكون عامًا شاملاً لكافة احتمالات النزاع . لذلك فعلى المستشار القانونى الذى يرغب فى أن يكون الطرف الذى يمثله

محدد الالتزامات فيما يتعلق باللجوء إلى التحكيم أن يختار بين استخدام النموذج المعد من قبل الأنسترال أو تعديل هذا النموذج بما يتفق ومصلحة الطرف الذى يمثله ، وتضمين هذا التعديل فى العقد . كما أنه عند صياغة شرط التحكيم الذى بموجبه يحال النزاع إلى التحكيم فى حالة نشوئه ، لابد وأن يتم الأخذ فى الاعتبار نوعية النزاع المحتمل نشوؤه نتيجة تنفيذ العقد وموقف الأطراف حال نشوء مثل هذا النزاع [٦٧] ، لأن المشكلة التى يعالجها شرط التحكيم فى العقد تختلف باختلاف نوع النزاع .

الفرع الخامس - شرط التحكيم :

أصبح معتاداً أن يلجأ أطراف العقد التجارى الدولى إلى إدخال شرط فى العقد يقضى بأن يلجأ الأطراف إلى التحكيم فى حالة نشوء نزاع بينهما على تفسير العقد أو تنفيذه ، كما أنه قد يتم الاتفاق على التحكيم فى عقد منفصل بعد نشوء النزاع بين الأطراف . واتفاق الأطراف هذا قد يكون كلياً أوجزئياً بمعنى أن يتفق الأطراف على التحكيم فى بعض أو كل النزاعات التى قد تنشأ ، وعرض البعض الأخر على القضاء حسب مايقدرونه ويرونه ملائماً ، سواء كان هذا النزاع يتعلق بتفسير العقد أو تنفيذه ، وأياً كان طابعه سواء أكان ذا طابع قانونى أوذا طابع فنى أو مالى إلى غير ذلك وفق إرادة الأطراف .

وبناء على ذلك فالتحكيم يكون فقط للخلاف الناشئ الذى انصرفت إرادة الأطراف إلى عرضه على تحكيم. فإذا كان الاتفاق على التحكيم بينهما فى المنازعة الناشئة عن تنفيذ العقد ، فلا تنسحب النية ومن ثم التحكيم على المنازعة الناشئة عن فسخه أو بطلانه مثلاً [٦٨] .

أما إذا كان الهدف هو التحكيم فى كافة المنازعات فيجب النص على ذلك صراحة ، وأن يتفق الأطراف مسبقاً على ذلك . فإرادة الخصوم يجب أن تكون واضحة وجلية ومتطابقة ، وهذا يتطلب منا أن نبحث أولا الاعتبارات التى يجب على المستشار القانونى أو المحامى الذى يقوم بالصياغة مراعاتها عند قيامه بمهمته ، وثانياً يتطلب أن نبحث الصياغة النموذجية لشرط أو اتفاقية التحكيم .

الفرع السادس - اعتبارات أساسية للصياغة النموذجية :

لاشك أن كثيراً من المشكلات والتعقيدات التى تؤدى إلى التأخر فى إنجاز عملية التحكيم والتنفيذ النهائى لحكم المحكم ، يمكن تلافيها عن طريق الصياغة السليمة لشرط التحكيم فى العقد أو اتفاقية التحكيم المستقلة حال نشوء النزاع. لأن الصياغة السليمة يتعين أن تأخذ فى الاعتبار كافة الاحتمالات ، وأن تضع الوسائل والطرق المفصلة لحل النزاع بين الأطراف عن طريق التحكيم وتنفيذ حكم المحكم [٦٩] .

لذلك يجب على المستشار القانونى الذى يطلب منه أن يقوم بصياغة شرط التحكيم عند التفاوض على العقد التجارى الدولى ، أو بصياغة اتفاقية التحكيم حال اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بعد نشوء النزاع بينهما ، أن يكون ذا دراية ومعرفة تامة بعملية التحكيم وطبيعته ، على الخصوص المعرفة التامة بمراكز التحكيم الدولية المتعددة والقواعد والإجراءات فيها . نظراً لأن المعرفة بمثل هذه القواعد والإجراءات ، تؤدى إلى وضوح الصورة لديه حول طبيعة النزاع بين الأطراف مما يمنحه الفرصة لتقويمها وتقديم النصيحة باختيار أحدها أو اختيار القواعد المتبعة فيها وفقا لمايراه يتفق وطبيعة النزاع الذى يرغب صياغة اتفاقية التحكيم أو العقد الذى يرغب أن يضمنه شرط التحكيم . كما أنه سوف يقدم نصيحته وفقاً لمايراه ملائماً لموكله وعما إذا كان اللجوء إلى التحكيم أفضل فى مثل هذا العقد أو اللجوء إلى القضاء .

واختيار واحد من هذه المراكز أو القواعد الإجرائية المتبعة فى أحدها ، قد يكون له تأثير كبير على المدة اللازمة لإنجاز عملية التحكيم والنتيجة المتوقعة عنها ، والتكاليف التى سوف يتحملها أطراف العقد التجارى الدولى ، مما يستلزم التفاوض على صيغة شرط التحكيم وفقاً لذلك .

لكل هذا فعلى المستشار القانونى الذى يقوم بعملية الصياغة لشرط أو اتفاقية التحكيم أن يأخذ بعين الاعتبار ما يلى :

١ - أن يحدد مسبقاً النزاع الذى يرغب أطراف العقد التجارى الدولى فى أن يتم حله عن طريق التحكيم . فإذا كان هدف الأطراف إحالة كافة النزاعات إلى التحكيم أياً كان نوعها ، فعليه أن ينص على ذلك بعد أخذ موافقة الأطراف عليه .

٢ – يجب أن يبين للأطراف مسبقًا محاسن أو مساوئ اللجوء إلى مؤسسة تحكيمية معيّنة أو التحكيم بواسطة هيئة مستقلة ، ومن ثم الاختيار بين واحدة منهما .

٣ – إذا تم اختيار التحكيم بواسطة هيئة مستقلة من قبل الأطراف Ad hoc ، يجب أن يُحدَّد فى شرط التحكيم مكان إجراء عملية التحكيم وأسلوب وطريقة تكوين هيئة التحكيم وطريقة دفع التكاليف وقواعد الإجراءات التى يجب أن تحكم عملية التحكيم . ويستحسن أن تكون قواعد إجراءات خاصة بمركز دولى معين أو قواعد إجراءات التحكيم الداخلى للدولة التى سوف يتم إجراء عملية التحكيم فيها أو قواعد الإجراءات التى تم تبنيها من قبل لجنة منظمة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى UNCETRAL أو ترك الموضوع للهيئة لتقرر هذه القواعد .

٤ – إذا تم اختيار التحكيم المؤسسى Institutional Arbitration ، وتم تعيين مركز تحكيم لإدارة عملية التحكيم ، فعلى المستشار القانونى الذى يقوم بالصياغة أن يحلل تفصيلاً قواعد الإجراءات فى هذا المركز ومن ثم يختار ما يتلاءم مع العقد وطبيعة موضوعه . فهناك من المستشارين القانونيين من يفضل قواعد غرفة التجارة الدولية ICC نظرًا لعالميتها وخبرتها وتخصصها فى التحكيم ، على الرغم من أنها ليست بالتفصيل الذى عليه بقية المراكز التحكيمية الأخرى . ولكن من ميزاتها أن الأطراف يمكن أن يكونوا من أى دولة بينما يمكن أن يتم إجراء التحكيم فى دولة أخرى حسب اختيار الأطراف ، إلا أن من عيوبها أن التحيكم فيها ووفقًا لقواعدها قد يكون مكلفًا للأطراف (٧٠) .

٥ – فى حالة اختيار أن يكون التحكيم عن طريق التحكيم المؤسسى فعلى المستشار القانونى أن يُقَيِّم ما إذا كان من الأفضل أن يتم تشكيل الهيئة من محكم أو أكثر ، إلا إذا تمت الإشارة إلى اللجوء إلى التحكيم فى شرط تحكيم مقتضب ، فعندئذ يترك التقدير لمركز التحكيم ليحدد العدد اللازم من المحكمين لحل النزاع (٧١) .

٦ – أيضًا من المهم جدًا اختيار مكان التحكيم ، كما أنه لابد عند الاختيار أن يتم البحث والمعرفة التامة بالقانون فى هذا المكان ، لأنه القانون الذى قد يضطر أحد الأطراف إلى اللجوء إليه لاستئناف حكم التحكيم وتنفيذه . هذا فضلاً عما يوفره هذا القانون من مساعدة وتقديم الخدمات التى يتطلبها إجراء التحكيم ، مثل توفر

إمكانية الترجمة الفورية والاختزال فى حال الحاجة إلى ذلك . وعدم توفر مثل هذه الخدمات المساعدة فى المكان المختار قد تزيد من تكلفة التحكيم لاستقدام من يقوم بها من الخارج مما سيؤدى إلى زيادة التكلفة لعملية التحكيم .

٧ - أيضًا يجب أن يتم تقويم القانون الموضوعى الذى يرغب الأطراف أن يحكم النزا ع والذى يلجأ إليه المحكم فى تفسير العقد ليؤسس رأيه عليه وإثبات حقوق والتزامات الأطراف .

المطلب الأول - اختيار مكان التحكيم :

مكان التحكيم هو المقر والمكان الذى تم اختياره من قبل أطراف العقد التجارى الدولى أو الذى تم اختياره بالنيابة عنهما وتم النص عليه فى شرط التحكيم أو اتفاقية التحكيم أو مشارطة التحكيم Terms of Reference على اعتبار أنه مكان التحكيم الذى يصدر المحكم فيه حكمه ، نظرًا لأن حكم المحكم دائمًا يعتبر صادرًا فى المكان الذى صدر فيه وليس فى مكان تنفيذ العقد [٧٢] . كما يعتبر الحكم صادرًا فى الدولة التى يحكم قانونها الموضوعى العقد إذا نص فى العقد على ذلك [٧٣] . ولكن هذا لا يعنى أنه لا يمكن للمحكمين أن يعقدوا جلسات التحكيم فى مكان آخر [٧٤] ، بل على العكس من ذلك فطبيعة العقود التجارية الدولية تفرض تعدد المواقع والأماكن والأشخاص من دول مختلفة ، لذلك وفى مثل هذه الحالات فقد يتطلب الأمر من المحكمين أن يعقدوا جلسات التحكيم فى مكان أو أماكن أخرى غير المكان المحدد لإجراء عملية التحكيم فيه إما للتسهيل على المحكمين فى إجراء عملية التحكيم ، أو تسهيلاً على الأطراف والشهود فى الموضوع . فمثلاً : فى التحكيم فى منازعات العقود الفنية المعقدة أو منازعات عقود الإنشاءات ، غالبًا ما يكون ضروريًا لهيئة التحكيم ، التى تقرر أن تعقد التحكيم فى دولة معينة ، أن تقوم بزيارة ومشاهدة موقع إنشاء المشروع أو العمل فى العقد المتنازع عليه فى دولة أخرى غير دولة مقر التحكيم للتحقق والتحقيق فى صحة الإدعاءات . هذا ووفقًا لقواعد غرفة التجارة الدولية ICC [٧٥] . وقواعد الأنسترال UNCETRAL [٧٦] يمكن للأطراف الاتفاق على إجراء عملية التحكيم فى أى مكان فى العالم . وفى حالة عدم اتفاق الأطراف على المكان فإنه

سوف يتم اختيار المكان من قبل محكمة التحكيم فى الغرفة ICC Court of Arbitration ، فى حالة النص على التحكيم وفقًا لقواعد غرفة التجارة الدولية ، أو هيئة التحكيم Arbitration Tribunal فى حالة التحكيم وفقا لقواعد الأنسترال UNCETRAL . هذا ويتعين مراعاة الاعتبارات التالية عند تحديد مكان التحكيم :

١ - على أطراف العقد عند اختيارهم مكان التحكيم أن يختاروا مكانًا محايدًا (٧٧) ، يتوافر فيه من التسهيلات لعملية التحكيم ما يمكن المحكمين من إنجاز المهمة بسهولة .

٢- أيضًا على الأطراف أن يأخذوا بعين الاعتبار أن اختيارهم لمكان معين يمكن أن يؤثر سلبًا أو إيجابًا على عملية التحكيم وتنفيذ الحكم . فيجب التأكد من قبل المستشار القانونى أو محامى الأطراف أن المقر المختار يعتبر أن اتفاقية التحكيم أو شرط التحكيم ملزم للأطراف فى المكان المختار وأن الحكم سوف ينفذ ويطبق بسرعة .

٣ - أن يتأكد من أن المقر المختار لإجراء عملية التحكيم فى بلد موقع على اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية New York Convention for Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards ، لأنه وفقًا للمادة الثانية ، الفقرة (١) من هذه الاتفاقية كل طرف من أطراف العقد ملزم بالاعتراف «... بالاتفاق المكتوب الذى يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التى قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم» (٧٨) .

بناء على ذلك فعند اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم فالمحكمة فى الدولة المتعاقدة سوف لن تنظر النزاع بل تحيل الأطراف إلى التحكيم ، إلا «إذا وجدت أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق» (٧٩) . وهذا الاتفاق المكتوب يقصد به «... شرط التحكيم فى عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من قبل الأطراف أو الاتفاق الذى تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات» (٨٠) .

٤ - عند اختيار مكان التحكيم يجب أيضًا أن يتنبه الأطراف إلى أنهم سوف يختارون

المكان الذى يمكن أن يستفيدوا من إجراءاته إلى أقصى حد ممكن . لأن للمحكمة المختصة فى كثير من الدول سلطة إعادة النظر أو إلغاء الحكم الذى صدر فى إقليمها من قبل هيئة التحكيم إذا كان فيه مخالفة للنظام العام (٨١) . ولكن مثل هذه السلطة تعد محصورة فى أضيق نطاق فى الدول التى تعتبر مراكز تحكيم دولية . كما أن أساس الإلغاء فى كثير منها متفق إلى حد بعيد مع الأسس المنصوص عليها فى اتفاقية نيويورك (٨٢) .

٥ – يجب أن يكون المكان المختار فى دولة من الدول التى لديها قواعد إجراءات متطورة لاتسمح باستئناف حكم المحكم إلا فى الحد الضيق ومن ثم لن تسمح بالتدخل من قبل القضاء فى عملية التحكيم (٨٣) .

كذلك يجب البحث فيما إذا كان قانون الدولة يسمح باستثناء تطبيق القانون المحلى أو تدخل المحكمة المختصة فى قرار هيئة التحكيم إذا رغب الأطراف فى الاتفاق على ذلك ، وهو ما يسمى Exclusion Clause . فالأطراف عند اختيارهم لمكان التحكيم يتوجب عليهم احتياطًا أن ينصوا صراحة على هذا الاستثناء فى شرط التحكيم ، كما لهم أن ينصوا على استبعاد اختصاص المحكمة من مراجعة موضوع ومضمون قرار هيئة التحكيم ومحتواه . وهذا ما درجت عليه محكمة تحكيم لندن فى قواعد الإجراءات فيها (٨٤) .

المطلب الثانى – اختيار القانون الواجب التطبيق :

التحكيم التجارى سواء كان داخليًا أو دوليًا مثله مثل القضاء لايعمل فى فرا غ . فهو عملية منظمة ليس فقط برغبة الأطراف وإنما بقانون ، وهو ما يطلق عليه غالبًا Lex Arbitri وعليه «فلا يوجد تحكيم تجارى دولى [طليق] لأن كل تحكيم لابد أن يرتبط بنظام قانونى معين ، أو أن يخضع لقوانين أو قواعد وطنية» (٨٥) .

وفى التحكيم التجارى الدولى إصطلاح Lex Arbitri يمكن أن يختلف عن القانون أو النظام الذى يطبقه المحكم على موضوع النزاع . مثلا : فى العقود الدولية للإنشاءات قد يجد المحكم أو هيئة التحكيم التى اختيرت لحل نزاع تجارى دولى ، أن القانون الذى يحكم النزاع Lex Arbitri يختلف عن القانون القابل للتطبيق عليه .

فهيئة التحكيم التى تعقد جلسة التحكيم فى سويسرا يمكن أن يُطلَب منها أو تكون ملزمة بتطبيق القانون الفرنسى أو الأمريكى على موضوع النزاع . ولكن إجراءات سير عملية التحكيم لن تكون محكومة بذلك القانون وإنما بقانون الكانتون السويسرى الذى انعقد فى نطاق تطبيقه الإقليمى للتحكيم (٨٦) .

وكما أشرنا سابقًا يتمتع شرط التحكيم الوارد فى العقد التجارى الدولى باستقلالية كاملة عن العقد الذى ورد فيه ، وهو شىء معترف به ويعتبر من الأساسيات فى فلسفة التحكيم التجارى الدولى فقهًا وقضاء (٨٧) ، سواء كان شرط التحكيم هذا بندًا فى العقد أو فى اتفاقية مستقلة . هذه الاستقلالية تتيح للأطراف حرية اختيار القانون الذى يرتضونه لحكم المنازعة التى قد تنشأ أو التى نشأت عن العقد بصرف النظر عن وجود أية صلة بينه وبين العقد الذى ورد فيه الشرط مثار النزاع .

والقانون المقصود هنا هو القانون الموضوعى الذى يحكم موضوع النزاع ، ويجب على المحكمين أن يؤسسوا حكمهم على أساسه . وهذا يعنى أن على الأطراف أن يحددوا القانون الواجب التطبيق على النزاع الذى يجب على المحكمين تطبيقه عند بحث النزاع ويسمى عندئذ التحكيم بقانون .

وفى حالة عدم النص على القانون الواجب التطبيق فسوف يلجأ المحكم أو المحكمون إلى اختيار القانون الواجب التطبيق وفق معايير معينة منها مقر إجراء التحكيم أو حقوق تنفيذ العقد . وقد ينص الأطراف صراحة فى عقدهم على تفويض المحكم بالصلح وهنا يطبق المحكم مبادئ العدالة والإنصاف General Principle of Law and Equity ، وليس عليه تطبيق أى قانون آخر حتى ولو اتفق الأطراف على قانون معين واجب التطبيق (٨٨) .

وفى حالة اختيار قانون وطنى يضاف إليه المبادئ العامة للقانون أو أعراف التجارة فيما لا يتعارض مع المبادئ المشتركة للأمم التجارية ، فقد تؤدى هذه الإضافة إلى إفراغ هذا الشرط من مضمونه وإلغاء تطبيق القانون الوطنى والرجوع إلى تطبيق قانون التجارة الدولية . وهذا يعطى لهيئة التحكيم سلطة تقديرية قد يلجأ المحكم بواسطتها إلى الإعراض عن تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف ، وهو ما حصل

فى قضية التحكيم بين ليبيا وبعض الشركات البترولية الأمريكية عندما أممت ليبيا ثرواتها البترولية (٨٩) . ويرجع ذلك إلى سوء صياغة شرط التحكيم مما يحتم على الأطراف تحاشى مثل هذا الاختلاط .

ويجب على المستشار القانونى الذى يقوم بصياغة شرط التحكيم فى العقد إما أن يختار قانونًا محددًا صراحة يتم النص عليه فى العقد حتى لا يترك الأمر لتقديرات وتفسيرات متباينة ، أو أن يترك الأمر للمحكم الذى بدوره سوف يحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع وفق معاييره التى يراها ملائمة للحالة المعروضة أمامه .

وفى حالة عدم اتفاق الأطراف على قانون واجب التطبيق ، يتم الرجوع إلى السوابق التحكيمية التى تأيّدت بموجب الاتفاقات الدولية ، كما هو منصوص عليه مثلا فى قواعد الأنسترال التى تنص على أن «تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذى يعينه الطرفان . فإذا لم يتفقا على تعيين هذا القانون ، وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذى تعيِّنه قواعد تنازع القوانين التى ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق فى الدعوى» (٩٠) ، أو يتم الرجوع إلى ما تقرره قواعد غرفة التجارة الدولية ، التى وفقًا لها يمكن للأطراف أن يشترطوا تطبيق قانون موضوعى Substantive law معين على موضوع النزاع فى التحكيم . وفى حالة ما إذا لم يقم الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق فهيئة التحكيم سوف تطبق مبدأ تنازع القوانين للبحث عن القانون الأنسب والأقرب قابلية للتطبيق (٩١) .

أما قانون الإجراءات ، وهو القانون الذى يحكم إجراءات سير المنازعة ، مثل تلك الإجراءات الواجب اتباعها من قبل هيئة التحكيم ، أو المحكم الفرد بعد تشكيل هيئة التحكيم حتى صدور قرار التحكيم الذى يفصل فى المنازعة ، فلا يثار موضوعه إلا عند اختيار أطراف العقد لتحكيم الحالات الخاصة Ad hoc التى لم يختر الأطراف فيها قواعد إجراءات معينة لتحكم سير المنازعة .

فالمحكم بمقدوره ومن سلطته اختيار قواعد إجراءات خاصة أو إنشاء قواعد إجراءات معينة يتمشى بموجبها . مثل عدد أعضاء هيئة التحكيم ومكان انعقاد التحكيم ونفقات التحكيم والأغلبية التى يصدر بها قرار التحكيم فى حالة تعدد المحكمين ، والقانون الوطنى الذى ينبغى أن تسير على هداه إجراءات المنازعة .

فإذا لم يتفق الأطراف على ذلك أو على قانون معين ليحكم سير المنازعة فالأمر متروك للمحكم أو المحكمين للاختيار على ضوء ما يراه مناسبًا فى هذا الشأن مما يعنى أن المحكم سوف يكون له سلطة كبيرة فى هذا الشأن ، وهذه الوسيلة هى التى اتبعت فى مشارطة التحكيم بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكوا التى خسرتها المملكة [٩٢] ، حيث نصت المادة الرابعة (٤) من اتفاقية التحكيم على أن محكمة التحكيم هى التى تحدد القواعد الإجرائية التى تتبعها لتحكم سير المنازعة [٩٣] .

أما إذا تم اختيار الأطراف للتحكيم المؤسسى عن طريق مركز تحكيم معين ، فإن لدى هذه المراكز إجراءاتها المقررة فى لوائحها التى درجت على اتباعها و التى تتشابه إلى حد بعيد فيما بينها .

هذا وبعد صدور قواعد التحكيم التجارى التى أصدرتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى والمعروفة بقواعد الأنسترال UNCETRAL RULES ، تم حل مشكلة القانون الذى يحكم سير المنازعات الإجرائية فى تحكيم الحالات الخاصة حتى أنها الآن تكاد تكون موحدة بصدور هذه القواعد .

أما بالنسبة للقانون الذى يحكم موضوع النزاع فهو القانون الذى يلجأ إليه المحكم عند تفسيره للعقد محل النزاع وعند تأسيسه لحقوق والتزامات الأطراف فيه . مثل هذا الاختيار للقانون قد يكون محل تفاوض بين طرفى العقد لأن كل طرف قد يصر على أن يتم تطبيق قانون دولته على أى نزاع ينشأ مستقبلاً بما يحتم على الأطراف أن يسويا الموضوع باختيار حل وسط هو اختيار قانون دولة ثالثة يرتضيانه ليحكم موضوع النزاع فيما بينهما مستقبلا [٩٤] .

واختيار القانون من قبل الأطراف ابتداء سوف يجعل دور المحكم فى حل النزاع التجاري الدولى كدور القاضى تمامًا يقوم بتفسير العقد وحل النزاع وفقا للقانون الذى اختاره الأطراف بإرادتهم الصريحة أو الضمنية ليحكم العقد ما لم يكن فيه تناقض أو تعارض مع القواعد الآمرة فى الدولة التى سوف ينفذ فيها قرار المحكم ، وهذا هو ما تقرره اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية [٩٥] .

كما أنه عند اختيار الأطراف ، بحسن نية ، للقانون الموضوعى الذى يحكم النزاع

بينهم إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة ، فيجب على المحكمين نظر النزاع على أساسه ، حتى ولو لم يكن هناك أية صلة بينه وبين العقد مثار النزاع [٩٦] . أما عند عدم اختيار الأطراف صراحة للقانون الموضوعى ، فقد يلجأ المحكم لاستشفاف الإرادة الضمنية ، واستنتاج ذلك من اختيار الأطراف لمكان التحكيم . ويُعدَ اختيار الأطراف لمكان إجراء التحكيم مؤشراً على أنهم أيضًا قصدوا ضمنًا تطبيق القانون الموضوعى لهذا المكان [٩٧] ، وهو ما يذهب إليه كثير من القضاء فى أمريكا ، الذى يعتبر هذا الاتجاه انعكاسًا لمبدأ تنازع القوانين [٩٨] ، حيث يعمل المحكم على إعمال قواعد تنازع القوانين فى حالة عدم وجود مؤشر صرح أو ضمنى على اختيار الأطراف لقانون معين ليحكم النزاع المثار .

ومن ضمن المؤشرات الخاصة التى يستهدى بها المحكم لتقرير القانون الموضوعى الذى يجب أن يحكم النزاع ، اللغة المستخدمة فى العقد مثار النزاع ، ومحل إبرام العقد Lex Loci Contractus ، ومكان تنفيذ العقد . كل ذلك يعتبر من المؤشرات العامة التى يستهدى بها المحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق باعتباره القانون الأنسب .

وتستخدم هذه المؤشرات العامة فى التحكيم التجارى الدولى بكثرة لاستشفاف قانون الإرادة الضمنية أو المفترضة لطرفى العقد ، وأحيانا تلجأ إلى تطبيق ما يسمى «... بالمبادئ العامة والمشتركة للدول المتحضرة ...» وهو ما استخدمه المحكم الإنجليزى فى تحكيم قضية أرامكو السعودية وصدر فيها الحكم فى ٢٣ أغسطس من عام ١٩٥٨م من قبل محكم اسمه .Sauser Hall G الذى رفض تطبيق القانون السعودى المستمد من الشريعة الإسلامية بحجة «... عدم احتوائه على أى حل للمشكلة المطروحة ...» وطبق على النزاع ما أسماه بالمبادئ العامة فى القانون [٩٩] .

من ذلك نستنتج أن بعض أحكام التحكيم تخضع لسلطة المحكم الذى قد يكون اختياره غير حيادى ومتحيزاً وغير مبرر تبريراً قانونيًا مقنعًا ، خاصة عندما يلجأ إلى استبعاد قانون وطنى لإحدى الدول النامية ، بحجة أنه يتعارض مع المبادئ العامة فى القانون الدولى ، مما يعنى أن الهدف هو حماية المتعاقد الأجنبى فى تعمد واضح وفاضح . لذلك فإن نتائج مثل هذه التحكيمات يجب أن يكون لها أثر واضح فى أن

يعمد الأطراف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع [١٠٠] .

ويتضح مما تقدم أن عدم اختيار الأطراف لقانون معين ليحكم النزاع ، يفسح المجال لأن يكون اختيار هيئة التحكيم لهذا القانون واردًا ، مما يعنى أنها سوف تبحث عن القانون الأنسب وذى الصلة بالموضوع ليحكم المنازعة مما يجعل هناك مجالاً للاختلاف والاجتهادات والخضوع لمواقف كثير من مراكز التحكيم . حيث إن الأمر يخضع لأسس وقواعد تنازع القوانين ومن ثم يتم التحديد للقانون إما قانون المحل أو مكان التحكيم باعتباره قانون الإرادة الضمنية للأطراف أو قانون الدولة التى انعقدت فيها هيئة التحكيم أو التى صدر فيها الحكم . وهذا الاتجاه تبنته المادة (٥) من اتفاقية نيويورك [١٠١] ، ويعنى أن على المحكمين توطين التحكيم وفقًا للموقع الجغرافى وعدم تجاهل المبادئ الجوهرية المتعلقة بالنظام العام بمفهومه الدولى . كما أن على المحكم الدولى أن يضع فى اعتباره دائمًا النظام العام على الأقل بمفهومه الدولى للدولة التى سينفذ فيها قراره . فقوانين دولة التحكيم لاسيما ما يتعلق منها بإجراءات التحكيم ، أو التى تتعلق بموضوع النزاع ، مثل عدم جواز دفع عمولات مخالفة للنظام العام فى دولة التحكيم لابد وأن تكون فى اعتبار المحكم أو المحكمين عند إصدار قراره فى موضوع النزاع المعروض عليه وإلا فإن قراره سوف يواجه صعوبات فى التنفيذ . كما أشارت إلى ذلك صراحة المادة (٥) فقره (٢) (ب) من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م ، نظرًا لأن قرار المحكم فى مثل هذه الحالة لا يمكن الاعتراف به أو تنفيذه إذا كان يتعارض مع النظام العام فى دولة التنفيذ .

أيضًا اختيار الأطراف للقانون الذى يحكم موضوع النزاع والقواعد أو القانون الذى يحكم إجراءات المنازعة يعتبر مهما فى تأكيد عملية التحكيم باعتباره قضاء مستقلا للتجارة الدولية يتمتع باستقلالية تامة ويهدف إلى تفادى التعطيل إذا ترك الأمر مجهولا مما يؤدى إليه اللجوء إلى اتباع قواعد الإجراءات والشكلية المنصوص عليها فى القوانين الوطنية وخاصة فى تحكيم الهيئات الخاصة Ad hoc ، وتغليب اللجوء إلى التحكيم المؤسسى ، الذى لا يترك مجالاً لإرادة الخصوم أو دورًا حاسمًا فى صياغة القواعد الإجرائية التى تنظم وتحكم إجراءات النزاع ، حيث إنه يتعين عند اللجوء إلى هذه المراكز ضرورة الإذعان للإجراءات المقررة فى لوائحها . وفضلاً عما سبق فإن

اللجوء إلى تحكيم الحالات الخاصة قد يكون مقبولا بعد صدور قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى ، الأنسترال UNCETRAL ، باعتبارها قواعد إرشادية يهتدى بها فى تحكيم مثل هذه الحالات .

وعلى الرغم من أن المحكم لا يملك تحت تصرفه قانونًا معينًا Lex fori يستطيع بناء عليه تطبيق قواعد تنازع القوانين ، فإن حرية إعماله لقاعدة تنازع القوانين ، أكدتها كثير من قواعد مراكز التحكيم الدولية ، مثل قواعد غرفة التجارة الدولية التى تشير إلى أنه فى حالة غياب قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية أن يطبق المحكم «... القانون الذى تحدده قاعدة تنازع القوانين التى يراها ملائمة بهذا الخصوص» (١٠٢) . وكذلك قواعد الأنسترال UNCETRAL حيث تقضى بأنه فى حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمنى لأطراف المنازعة للقانون الذى يحكم الموضوع «... فإن محكمة التحكيم تطبق القانون الذى تحدده قواعد تنازع القوانين التى تراها ملائمة فى هذا الخصوص» (١٠٣) . هذه الحرية لا تعنى السلطة التقديرية للمحكم أو هيئة التحكيم ، وإنما حرية اختيار القانون الأنسب والأكثر ارتباطًا بصفة جوهرية بالعقد محل النزاع ، وليس مجرد اختيار عشوائى . مما سبق نخلص بنتيجة هى أنه من الضرورى فى العقود التجارية الدولية أن يتنبه الأطراف إلى القانون الموضوعى الواجب التطبيق وضرورة النص عليه على حسب اختيار الأطراف ابتداء . كما يستحسن عند صياغة شرط التحكيم ألا يكون هناك تناقض بين هذا الشرط وبين القانون المنصوص عليه فى العقد ، حيث نجد أنه فى كثير من الحالات يوجد تداخل أو تناقض بين شرط التحكيم شرط النص على القانون الذى يحكم العقد . مثلا ؛ إذا نصت مادة فى العقد على قانون دولة معينة ليحكم النزاع ثم نص شرط التحكيم على أن على المحكمين أن يؤسسوا قرارهم وفقًا لمبادئ العدالة والقانون وحسن النية وقانون الدولة (X) مثلا ؛ فسوف يطلب الطرف الخاسر فى التحكيم من المحكمين أن يشيروا فى حكمهم إلى بعض مبادئ العدالة لتحاشى وتفادى القوة الإلزامية غير المرضية للقانون المختار والمنصوص عليه فى العقد . هذا دليل على سوء الصياغة الذى قد يؤدى إلى معان متشابهة ولكن غير متطابقة ، بل قد تكون متعارضة فى بعض الأحيان ، كما حصل فى أحد العقود الكبيرة التى كان العقد فيها عقد إنشاءات تسليم المفتاح فى إحدى دول الشرق الأوسط وكان شرط التحكيم ينص على أنه «... يجب على المحكمين أن

يؤسسوا قرارهم على ووفقًا لمبادئ العدالة والمبادئ العامة فى القانون ، وحسن النية ، والتنفيذ وإنجاز الأطراف لهذا العقد وقانون دولة ...» إضافة إلى أن العقد يتضمن فقرة أخرى تنص على أن «... قانون الدولة ... يجب أن يحكم العقد ...» فالطرف الأجنبى فى العقد حاول أن يحد من التأثير السلبى للقانون عن طريق طلبه أن يعكس قرار المحكمين مبدأ عالمياً آخر ، وعند التحكيم اتفق الأطراف فى مشارطة التحكيم على تضمينها هاتين الفقرتين وإن كانت القضية فى النهاية تم حلها واتخاذ القرار بشأنها دون اللجوء إلى التحكيم (١٠٤) .

المطلب الثالث – اختيار المحكمين :

تبدأ عملية اختيار المحكمين بعد تبادل الوثائق المبدئية الخاصة بطلب اللجوء إلى التحكيم والرد على هذا الطلب من قبل الطرف المدعى عليه . ويعتبر اختيار المحكمين هذا من الأمور المهمة فى عملية التحكيم ، لأنه بداية عملية التحكيم ، حيث يوضع الأمر عندئذ فى يد المحكم أو المحكمين الذين تم اختيارهم ، وأى شىء لم يتم التعرض إليه من قبل الأطراف يكون تحت سلطة وتحكم المحكم أو المحكمين لتقريره والبت فيه . لذلك فإن صياغة شرط التحكيم بعناية قد يضمن عدم حدوث مشاكل فى المستقبل تتعلق بطريقة اختيار المحكم أو المحكمين ، لأن اختيار المحكم أو المحكمين يعتبر من الخطوات المهمة جداً فى عملية التحكيم ، وعلى الأطراف الحرص فى التركيز على وصف من يرغبون فى أن يشارك فى عملية التحكيم كمحكم فضلا عن تسمية أشخاص بعينهم . ولكن عند الرغبة فى تسمية أشخاص بعينهم فعلى الأطراف وقت التفاوض على صياغة شرط التحكيم أو اتفاقية التحكيم أن ينظروا إلى العناصر الآتية عند إجراء الاختيار :

١ – الخبرات والمعرفة للمحكمين فى طبيعة موضوع النزاع أو موضوع العقد المتنازع عليه وكذلك معرفتهم بعملية التحكيم نفسها .

٢ – القدرة على التحدث والكتابة والقراءة باللغة التى سوف تجرى بها عملية التحكيم ، إلا فى حالة ما إذا قرر أطراف العقد إجراء ترجمة فورية فى مواقع الجلسات .

٣ – إمكانية التواجد فى نفس الوقت الذى اختاره الأطراف لإجراء عملية التحكيم .

٤ – فى حالة التحكيم عن طريق اختيار هيئة تحكيم ، فالمحكم الثالث يجب أن يكون محايداً بعيداً عن أية علاقة بالأطراف المتنازعة (١٠٥) .

وعند اختيار المحكم المرتقب يجب أن يوصف بالوصف الشامل الكامل الذى يسهل معه تعيينه ، ويكون ذلك عند صياغة شرط التحكيم ، خاصة إذا كان الأطراف يرغبون فى عرض النزاع على محكم فرد وحيد والذى يمكن ببساطة تعيينه بالاسم ، كما يمكن للأطراف أن يتفقوا عليه مستقبلاً بوصفه الوصف النافى للجهالة . أما إذا كان الأطراف يرغبون فى عرض النزاع على هيئة تحكيم فيفضل ويُنْصَحُ بما يلى :

١ – أن يتم النص على عدد المحكمين الذين سوف يشاركون فى عملية التحكيم فى حالة نشوء نزاع بين الأطراف .

٢ – تحديد المؤهلات و الصفات التقريبية التى يجب أن يتحلى بها المحكم خاصة إذا كان العقد من العقود الفنية المعقدة التى تتطلب الحصول على خبرات خاصة لفهم طبيعتها ومضمونها .

٣ – اللغة التى يجب أن تتم المداولة بها فى عملية التحكيم (١٠٦) .

فإذا رغب الأطراف اختيار محكم فرد ، فعلى من يقوم بصياغة شرط التحكيم أن يتبنى قواعد الإجراءات فى أحد مراكز التحكيم التى تسمح للأطراف بإضافة ما يرونه من شروط عليها أو تعديل هذه القواعد بما يتلاءم مع طبيعة موضوع النزاع . وفى الأعم الأغلب تتم عملية التحكيم التجارى الدولى من قبل هيئة مكونة من ثلاثة محكمين كل طرف يعين محكماً والمحكم الثالث يتم اختياره من قبل المحكمين المعينين من قبل الأطراف ، أو من قبل مركز التحكيم الذى تم تبنى قواعد إجراءاته واختياره لإدارة عملية التحكيم (١٠٧) .

هذا وهناك عدة طرق لاختيار هيئة التحكيم (١٠٨) ، حيث يمكن أن يتم بإحدى الطرق التالية :

١ – باتفاق بين الأطراف .

٢ – أن يتم الاختيار بواسطة الاتحادات التجارية أو غيرها ذات الصلة بموضوع العقد .

٣ – الاتحادات المهنية .

٤ – المراكز التحكيمية .

٥ – المحكمة المختصة .

ولكن الطريقة المعتادة هى اتفاق أطراف العقد التجارى على تعيين المحكمين واختيارهم أو وضع معايير معينة وصفات محددة فى شرط التحكيم بموجبها يتم اختيار المحكم أو المحكمين لأنه من غير المضمون وجود المحكم المعين بالاسم مسبقًا حال نشوء النزاع . كأن يكون مريضًا أو مشغولاً أو يكون قد توفى حال نشوء النزاع ودعت الحاجة إليه .

أيضًا ليس من المضمون أن يكون الشخص المختار بالاسم عارفًا بموضوع النزاع وطبيعته ، لذا ففى حالة رغبة الأطراف تحديد محكمين بأسمائهم فيفضل أن يتم ذلك بعد نشوء النزاع وليس فى شرط التحكيم ، لأن الأطراف قد يتفقون على النص على اسم شخص معين دون علمه أو معرفته بنوع النزاع . أما بالنسبة للمحكم الثالث فى حالة ما إذا كان التحكيم سوف يتم من خلال هيئة تحكيم ، فيتم اختياره باتفاق المحكمين المختارين أو من قبل طرف ثالث ؛ مثل الاتحادات التجارية أو المحكمة المختصة أو الاتحادات المهنية ، وعلى الأطراف فى مثل هذه الحالة أن يحددوا الجهة التى تعين الطرف الثالث .

وفى حالة عدم النص على طريقة تعيين المحكم الثالث وعدم اتفاق المحكمين المختارين من قبل الأطراف عليه ، وكان التحكيم وفقًا لإجراءات مركز تحكيم معين ، فإن قواعد مركز التحكيم سوف تحكم طريقة هذا التعيين . فمثلا ؛ فى قواعد غرفة التجارة الدولية إذا أخفق الأطراف فى الاتفاق على المحكمين أو تسميتهم ، فإن محكمة التحكيم فى الغرفة ستختار المحكم أو المحكمين من لجنة وطنية غير تلك التى ينتسب إليها الأطراف المتنازعة وذلك فى خلال مدة محددة [١٠٩] ، كما أن المحكم أو هيئة التحكيم تقوم باختيار اللغة التى تتم بها عملية التحكيم فى حالة عدم النص عليها فى شرط التحكيم [١١٠] .

كذلك نجد أن قواعد الأنسترال تنص على طريقة تعيين المحكم أو المحكمين [١١١] ، واللغة المستخدمة فى عملية التحكيم [١١٢] ، والتكاليف الخاصة بالخدمات المساعدة :

مثل الترجمة والخدمات الإدارية (١١٣) . لكننا نرى أن يكون استخدام قواعد مراكز تحكيم معينة فقط إطاراً عاماً لعملية الاختيار . ونرى أيضاً أنه على من يقوم بالصياغة لشرط أو اتفاقية التحكيم أن يحدد عدد المحكمين ومؤهلاتهم الخاصة التى يجب أن يحملوها واللغة المستخدمة فى عملية التحكيم وطريقة اختيار كل محكم وطريقة تحدى المحكمين أو حل هيئة التحكيم أو إحلال محكم آخر محل المحكم الذى تم تحديه (١١٤) . و ليس هناك قواعد كاملة تشمل كل هذه العناصر ، إلا أن طبيعة النزاع ومدى السيطرة التى يرغب أن يمارسها الأطراف فى مثل هذه العملية تكون ذات تأثير مهم فى ذلك (١١٥) .

المطلب الرابع - صياغة طلب اللجوء إلى التحكيم :

من الأشياء المهمة جداً قبل البدء فى تقديم طلب اللجوء إلى التحكيم هى أن يحدد المدعى الطرف المدعى عليه بدقة ، وإن كان هذا يبدو بسيطاً لأول وهلة ، إلا أن الصعوبة تكمن عندما يكون العقد مع جهة عامة . فمثلاً ؛ قد لا يكون من الواضح دائماً فيما إذا كانت الدولة نفسها تصرفت من خلال إحدى وزاراتها ، طرفاً فى العقد أم لا ، أو أن الوزارة أو الجهة العامة هى التى تصرفت منفصلة .

وأحياناً قد يوقع العقد بواسطة جهة حكومية لها شخصية قانونية مستقلة ، منفصلة ومتميزة عن الدولة ، ولكن الوزير يمارس سلطة إشرافية عليها . فى مثل هذه الحالة يبرز تساؤل هو هل كلا الطرفين كطرف فى العقد ومن ثم إلى اتفاقية التحكيم ، و من ثم من هو الذى يجب أن يسمى فى طلب اللجوء إلى التحكيم كمدعى عليه ، أو هل يجب أن يسمى الطرفان فى ذلك معاً (١١٦) .

فى العقود الخاصة أيضاً قد يكون هناك صعوبة فى تحديد الطرف الفعلى فى العقد . فمثلا ؛ عندما يدخل عدة أطراف فى عقد مشاركة مختلطة مثل Joint Venture فى شركة محاصة أو فى كونسورتيوم Consortium ، مجموعة من الشركات المختلطة ، فمن غير الثابت دائماً أن كل الأطراف يجب أن يسموا فى عريضة الدعوى فى عملية التحكيم .

ولكن عندما يكون الادعاء قد تم من قبل بعض الأعضاء المشاركين فى مجموعة من الشركات ضد الطرف الذى تعاقدوا معه ، فإن هذا يعتمد على ما إذا كانت المجموعة

تعتبر ذات شخصية قانونية مستقلة وأن الترتيبات التى تمت بين أعضاء المجموعة فيما يتعلق بمسئوليات وسلطات كل منهم للبدء فى القيام بادعاء ضد طرف ثالث وفقًا للقانون الذى يحكم الموضوع (١١٧) .

أيضًا فى حالة ما إذا كان أحد الأطراف فى العقد قد تقدم بادعاء إلى المحكمة المختصة مع وجود شرط مسبق بالاتفاق على التحكيم فيمكن للطرف الآخر أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تجميد الدعوى وإجبار الطرف الذى قدمها على الخضوع للتحكيم ، ولكن عليه أن يثبت أن هناك اتفاقًا صحيحًا وموجوداً باللجوء إلى التحكيم بين الأطراف ، وأن الطرف المتقدم بالدعوى هو الطرف المسمى فى اتفاقية التحكيم الذى ينص على وجوب اللجوء إلى التحكيم .

وفى حالة ما إذا كان الطرف الذى تقدم بالدعوى - كما هو الحال فى العقود الفنية المعقدة- ليس طرفًا فى اتفاقية التحكيم فالمحكمة يمكن أن تجمد النزاع بين الأطراف الذين لديهم اتفاقية تحكيم وأولئك الذين ليسوا طرفًا فى اتفاقية التحكيم حتى انتهاء عملية التحكيم (١١٨) .

هذا وبالإضافة إلى تحديد المدعى عليه يجب أيضًا على المدعى تحديد موضوع النزاع الذى يرغب إخضاعه للتحكيم وطلباته . وهذا يحتم النظر والتدقيق فى شرط التحكيم فى العقد لأنه متى كانت صياغة شرط التحكيم سليمة ودقيقة فسوف تُسَهِّل هذه الصياغة طلب اللجوء ذاته ، لأن ذلك قد يجيب على كثير من التساؤلات التى قد تكون إجابتها فى شرط التحكيم . مثلا : القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم ومكان التحكيم وقواعد الإجراءات التى يطبقها المحكم إذا تمت الإشارة إليها فى شرط التحكيم فإن ذلك يسهل على المحامى صياغة وإعداد وثيقة طلب اللجوء إلى التحكيم .

أما فى حالة ما إذا كان التحكيم تحت إشراف مركز أو هيئة تحكيم دولية فإن ذلك يسهل كثيراً عملية تبادل الوثائق بين الأطراف وتوثيق مثل هذا التبادل .

وصياغة وثيقة طلب اللجوء إلى التحكيم مهمة جدا ، وتتطلب عناية فائقة ، لأن التعديل فى هذا الطلب قد لا يكون ممكنًا إلا إذا وافق المحكم على ذلك ووفقًا لحريته ،

وقد لا يقبل المحكم مثل هذا التعديل . مثلا ؛ المحكمون وفقًا لقواعد الأنسترال [١١٩] UNCETRAL ، وفى أغلب مراكز التحكيم الدولية قد يرفضون التعديل أو يقبلون به وفقا لحريتهم ، بخلاف ما هو متعارف عليه فى غرفة التجارة الدولية ICC ، التى تشترط أن يكون هناك مشارطة تحكيم Terms of Reference يتم إعدادها من قبل المحكمين بعد تلقى طلب اللجوء إلى التحكيم . هذه المشارطة تتضمن نبذة عن موضوع النزاع والأطراف وتحديد الموضوع الذى يجب على المحكمين النظر فيه إلى غير ذلك [١٢٠] .

ولكن هناك محتويات ثابتة يجب أن تتضمنها وثيقة طلب اللجوء إلى التحكيم وفقًا لمعظم القواعد المتعارف عليها فى مراكز التحكيم الدولية ، تمثل الحد الأدنى وهى كما يلى :

١- أسماء وعناوين الأطراف .

٢- طلب اللجوء إلى التحكيم .

٣- الإشارة إلى شرط التحكيم فى العقد ، أو اتفاقية التحكيم بين الأطراف التى تتطلب أن يعرض النزاع بينهم على التحكيم .

٤- الإشارة إلى العقد محل النزاع وإرفاق صورة منه .

٥- الطبيعة العامة للمنازعة مع الإشارة إلى المبلغ محل النزاع .

٦- مقدار التعويض المطلوب من قبل المدعى .

٧- اقتراح بعدد المحكمين إذا لم يكن ذلك محدداً فى شرط التحكيم فى العقد أو فى اتفاقية التحكيم .

وذلك وفقًا للنموذج التالى :

نموذج طلب لجوء إلى التحكيم

التاريـــخ :

إلى السيد : [اسم وعنوان الشخص الموجه إليه الطلب]

العنـــوان :

المدينـــة : الرمز البريدى : الدولة :

تلفـــون : فاكس :

اسم المحامى :

عنوانـــه :

المدينـــة : الرمز البريدى : الدولة :

تلفـــون : فاكس :

باعتبارنا مقدم الطلب هذا طرفًا فى اتفاقية التحكيم الموقعة فى / / هـ الموافق / / م ، أو طرفًا فى العقد المؤرخ فى / / هـ الموافق / / م الذى ينص على شرط اللجوء إلى التحكيم فى المادة ( ) منه ، والتى تنص على .... ويتضمن اللجوء إلى التحكيم فى حالة نشوء نزاع وفقًا لقواعد الإجراءات فى [مركز القاهرة – أو غرفة التجارة الدولية] . والذى بموجبه نتقدم بطلبنا لسعادتكم بموجب هذه المادة – الاتفاقية المرفق صورة منها بكتابنا هذا ، وذلك لحل النزاع الناشئ بيننا حول .... [نبذة عن طبيعة النزاع] .... والذى نطلب فيه .... [الادعاء المطلوب تحقيقه والتعويض المدعى به]

مقدم الطلـب : توقيعه : التاريخ :

محامى مقدم الطلب : توقيعه : التاريخ :

عنوانه :

مدينة : الرمز البريدى : الدولة :

تلفون : فاكس :

من خلال مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى .... بموجبه يعتبر أننا قد بلغناكم بطلبنا هذا والمرسل إلى محاميكم .... ونسخة منه إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى لطلب التكرم بالبدء فى اتخاذ الإجراءات اللازمة للبدء فى إدارة عملية التحكيم بيننا وفقًا للقواعد التى يتبناها ، [أو وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية - حسب ما تم الاتفاق عليه] ، ويمكنكم الرد على طلبنا هذا بعد وصول إشعار من مركز القاهرة [أو المركز المختار] ، فى حدود الوقت المحدد لمثل هذه الإجراءات .

مدير مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى .... التاريخ :

المطلب الخامس - الصياغة النموذجية لشرط التحكيم :

شرط التحكيم هو إحدى فقرات العقد التى يتم التفاوض عليها والاتفاق على تضمينها فى العقد التجارى الدولى قبل توقيعه ، ويتعهد بموجبها الأطراف أن يحيلوا النزاع الذى ينشأ مستقبلاً بينهما حول تفسير العقد أو تنفيذه إلى محكم أو أكثر . وشرط التحكيم يعتبر تنازلاً من قبل الأطراف منذ البداية عن اللجوء إلى القضاء والتعهد بإرادتهما الصريحة بأن يتم حل أى نزاع مستقبلى بينهم حول العقد بواسطة طرف ثالث يتم اختياره من قبلهما أو من قبل جهة أخرى يتفقوا عليها مسبقًا لإدارة عملية التحكيم .

وهذا الاتفاق بين الأطراف يرتب أثرين ، أحدهما سلبى هو حرمان أنفسهم بإرادتهم المنفردة من اللجوء إلى القضاء ، الجهة المُخَوَّلة أصلاً بنظر المنازعات أيا كان نوعها . والآخر إيجابى وهو : إنهاء النزاع الذى قد ينشأ بين الأطراف بواسطة التحكيم والاعتداد بالحكم وتنفيذه كما لو كان صادرًا عن القضاء المختص أصلاً بنظر النزاع [١٢١] .

من ناحية البعد الدولى أيضًا ، نجد أن الاتفاق على التحكيم فى العقود التجارية الدولية يرتب التزامًا دوليًا ، على الدول الموقعة على اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م ، بالاعتراف باتفاق التحكيم متى توافرت فيه شروط وجوده وصحته وذلك وفقًا لما نصت عليه الفقرة الثانية والفقرة الثالثة من المادة (٢) من الاتفاقية [١٢٢]

والصيغة التى يكتب بها شرط التحكيم مهمة جداً ، وعلى الأطراف الراغبين فى عرض كل نزاع ينشأ بينهم على التحكيم أن يتأكدوا تماماً من وضوح النص حتى لا يكون هناك مجالاً لأى تفسيرات أخرى . ويمكن للأطراف تبنى الصيغ النموذجية التى يوصى بها أحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدولية ، مهما كان هذا الشرط بسيطاً ومقتضباً ، مثل النص الموصى به من قبل غرفة التجارة الدولية والذى ينص على الآتى : "جميع الخلافات التى تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائيا وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة حكم أو عدة حكام يتم تعيينهم طبقا لذلك النظام" (١٢٣) .

كما ينص نظام غرفة التجارة الدولية ICC على جواز تكميل هذا الشرط بإضافة شروط أخرى ، مثل تحديد مقر التحكيم ، وعدد المحكمين ، والقانون الموضوعى الذى يجب أن يحكم النزاع بين الأطراف إذا نشأ مستقبلاً ... إلى غير ذلك من الإضافات (١٢٤) . فعبارة كل الخلافات التى تنشأ والمتعلقة بالعقد الحالى مهمة جداً لأنها تشمل كل الخلافات التى تنشأ عن تنفيذ العقد أو تفسيره أو تتعلق به أو بوجوده أو بصحته أو بطلانه وإن كان الأفضل أن يتم النص صراحة على ذلك فى عبارة واضحة ومفصلة .

وعليه ففى هذا الخصوص قد يكون من الأفضل أن يرد شرط التحكيم على النحو التالى : «أى نزاع أو خلاف أو ادعاء ينشأ عن أو يتعلق بالعقد أو الإخلال به أو إنهائه أو صحته يجب أن تتم تسويته عن طريق التحكيم ...» . كما يستحسن أن يتم إضافة نص فى شرط التحكيم يقضى بأن الحكم النهائى يجب أن يتضمن الفصل فى النزاع أو الخلاف بكامله بين الأطراف وأن يحدد التعويضات دون نقص أو إنقاص أو مقاصة أو مقايضة .

أيضًا قد يعمد الأطراف إلى الاستعانة بقواعد الأنسترال ، وعليه يستحسن أن تكون الصياغة وفقا لما يلى : «كل المنازعات ، والاختلافات ، أو الادعاءات التى قد تنشأ ، أو تتعلق بهذا العقد ، أو الإخلال به ، أو تفسيره ، أو إنهائه ، أو صحته يجب أن يتم حلها بواسطة تحكيم نهائى وملزم وفقًا لقواعد تحكيم الأنسترال النافذة حاليًا . ويجب أن يكون تعيين المحكمين من قبل مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى ... » .

من خلال ذلك يمكن أن نقول إن الصياغة النموذجية لشرط أو اتفاقية التحكيم يجب أن تشمل الآتى :

١- طريقة اختيار المحكمين وعددهم ، وطريقة تعيينهم ، ومدة التحكيم ، وقواعد الإجراءات التى يجب أن تطبق حيث يستحسن أن يتم النص على قواعد الإجراءات فى مركز تحكيم معين وذلك كما يلى :

"كل المنازعات التى تنشأ نتيجة تنفيذ هذا العقد يجب أن يتم اللجوء إلى حلها عن طريق التحكيم فى مدة .... وفقًا لقواعد الإجراءات فى .... كما هى نافذة فى الوقت الحاضر أو .... بواسطة محكم ، أو ثلاثة محكمين ، يعين ، أو يعينون ، وفقا للقواعد المذكورة لمدة .... ويحملون المؤهلات التالية ...."

٢- أن يتم النص على مكان التحكيم ، ولغة التحكيم ، والقانون الموافق عليه أو الذى يحكم النزاع ، أو الواجب التطبيق عليه ، أو القابل للتطبيق ، وإجراءات التحكيم وذلك كما يلى :

"مكان التحكيم يجب أن يكون فى .... ، والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجب أن يكون (محدداً بالإشارة إلى قانون المكان مقر التحكيم) وعلى المحكم ، أو المحكمين ، أن يحددوا موضوع النزاع وأن يحكموا فيه وفقًا لقانون (اسم الدولة) كما هو مطبق ونافذ فى تاريخ هذه الاتفاقية (أو وفقًا لقواعد القانون الدولى ، أو وفقًا لقواعد العرف والعادات التجارية ...) ، واللغة التى يجب أن تتم بها عملية التحكيم هى اللغة ....." .

٣- نرى أن يتم النص فى شرط التحكيم على وجوب أن يكون الحكم نهائيًا فى النزاع والنزاع المضاد . كما يستحسن النص على العملة التى يجب أن يدفع بها التعويض الذى تحكم به هيئة التحكيم وذلك وفقًا لما يلى :

"يتفق الأطراف على أن قرار هيئة التحكيم يعتبر نهائيًا ومنهيًا للادعاء والادعاء المضاد والنزاع ، أو المحاسبة أو أى نزاع أمام المحكمين بين الأطراف ، كما يتفق الأطراف على أن الحكم يجب أن ينفذ حال صدوره وأن يتم دفع التعويض الذى تحكم به هيئة التحكيم حالاً بالعملة ... خالصة من أى ضرائب أو نقص أو مقايضة أو مقاصة . كما يتفق الأطراف على أن أى تكاليف أو أتعاب أو ضرائب

بسبب أو نتيجة تنفيذ الحكم إلى الحد المسموح به بموجب النظام تكون مسؤولية الطرف الذى يرفض التنفيذ ... "

٤- يجب أن يتم النص فى شرط التحكيم حال صياغته على مقدار الفوائد إذا كان مسموحًا بها نظامًا أو وفق نسبة معينة ومبينة أو على الأقل ألا تقل عما هو دارج فى وقت صدور الحكم وذلك كما يلى : -

"يتفق الأطراف على أن الحكم الذى يصدره المحكم يجب أن يشمل على فوائد بنسبة ... ٪ أو كما يفرضه المحكم من تاريخ وقوع الضرر نتيجة الإخلال بالعقد . ثم من تاريخ الحكم حتى دفع التعويض المحكوم به كاملاً شريطة عدم نقصها عن السعر المتعامل به فى بنك ... " .

٥- يجب أن يتضمن شرط التحكيم أيضًا الإشارة إلى كيفية الإشعارات للأطراف المتعاقدة ، فيما يتعلق بالتحكيم وطريقة إرسالها والعنوان الذى سوف يكون الإرسال عليه وذلك كما يلى :

"كل الإشعارات بين الأطراف فيما يتعلق بعملية التحكيم يجب أن تكون كتابة ، وتعتبر قد تم تسلمها إذا تم إرسالها بالبريد المسجل الجوى مع إشعار بعلم الوصول ، أو بواسطة التلكس إلى العناوين التالية ... [عناوين الأطراف] ..." .

الهوامش

(١) William F. Fox, op. cit., p. 192.

(٢) William F. Fox, op. cit., p. 183.

(٣) Mark S. Caldwell : Selected Clauses In Transnational Contracts, Chapter 4. p. 1-35, in The Law of Transnational Business Transaction, Vol. 1., edited by : Ved. p. Nanda, (1981/1982).

(٤) د. سامية راشد : التحكيم فى العلاقات التجارية الدولية الخاصة ، الكتاب الأول : اتفاقية التحكيم ، دار النهضة العربية ص (٣) ، ١٩٨٤م .

(٥) William F. Fox, op. cit., p. 203-236.

(٦) فى العالم العربى هناك عدة اتفاقيات تتعلق بالتحكيم التجارى الدولى منها اتفاقية عمّان العربية للتحكيم التجارى والتى أقرها مجلس وزراء العدل العرب فى دورته الخامسة بقرار رقم (٨٠/د/٥) فى ١٤٠٧/٨/١٦هـ الموافق ١٩٨٧/٤/١٤م ؛ والاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا دولة أخرى والموقع عليها فى واشنطن بالولايات المتحدة الأمريكية فى ١٩٧٢/٢/١١م ؛ واتفاقية الأمم المتحدة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها والصادرة فى نيويورك فى ١٠ يونيو ١٩٥٨م .

(٧) Horace Gautier & Eva Stormann, op. cit.

(٨) اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والمنعقدة فى نيويورك عام ١٩٥٨م .

(٩) الشيخ محمد أمين المعروف بابن عابدين : حاشية رد المحتار على الدُر المختار ، ص ص (٣٤٧-٣٤٨) ، تم تأليفه عام ١٢٧١هـ ، دار أحياء التراث العربى ، بيروت - لبنان ؛ وانظر أيضًا : الشيخ أبو محمد عبدالله بن أحمد بن قدامه : المغنى على مختصر أبى القاسم عمر بن حسين بن عبدالله بن أحمد الخرقى ، الجزء العاشر ، ص (١٩٠) ، قام بتصحيحه الدكتور محمد خليل الهراس ، الناشر دار الكتاب الإسلامى ، القاهرة (بدون تاريخ) .

(١٠) د. جابر إبراهيم الراوى : المنازعات الدولية ، ص (٨٢) ، شركة إياد للطباعة ، بغداد ١٩٨٧م .

(١١) د. أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص ص (٧٨-١٦٥) .

(١٢) المادة رقم (٢٠) من نظام التحكيم السعودى التى تتطلب تصديق الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع قبل الأمر بتنفيذه بعد التثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه شرعًا .

(١٣) هناك من يرى عكس ذلك فى الوقت الحاضر ، خاصة عندما يكون التحكيم عن طريق مركز تحكيم دولى ، لأن الأطراف يتحملون تكاليف عملية التحكيم التى تكون عادة نسبة مئوية من

المبالغ التى تقدم بطلبها المدعى فى عملية التحكيم فى طلبه المبدئى إضافة إلى أى مبالغ يطلبها المدعى عليه فى إدعائه المضاد ، وهذا المبلغ قد يكون كبيرًا خاصة فى قضايا التحكيم الكبيرة عندما يتم زيادة المبلغ المطالب به أساسًا ، كما أن العملية تتطلب وضع ضمان مالى قبل البدء فى عملية التحكيم من قبل الأطراف . وزيادة التكاليف فى عملية التحكيم تعتمد أيضًا على خصوصية قضية التحكيم وما إذا كان المحكمون قد طلبوا أو سمحوا بالبحث والحصول على بعض الوثائق Discovery مما يعنى أن الأمر يتطلب اتخاذ إجراءات قد تصل فى تكاليفها إلى تلك كما لو أن الموضوع منظور أمام القضاء . إضافة إلى تكاليف السفر والترجمة والمعيشة ومقابل الحصول على الاستشارات قد تجعل حل النزاع عن طريق التحكيم مكلفًا جدًا .

- Francis J. Higgins & William G. Brown with Patrick J. Roach : Pitfalls in International Commercial Arbitration, Vol. 35 The Business Lawyer, p. 1035-1051, 1041-43, (1980).

(١٤) د. سامية راشد : التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص (٨٣-١٦٥) .

(١٥) Domke on commercial Arbitration, op. cit., p. 1.

(١٦) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختيارى والإجبارى ، منشأة دار المعارف ، الإسكندرية (١٩٨٨م) ، ص ص (١٥-١٦) .

(١٧) د. سامية راشد ، مرجع سابق .

(١٨) د. أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص ص (٢٣-٣٣) ؛ د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختيارى والإجبارى ، مرجع سابق ، ص ص (١٧-٢٢) .

(١٩) انظر المادة (٢٠) من نظام التحكيم السعودى والتى تقضى بأن التصديق على الحكم والأمر بتنفيذه مشروط بالتثبت من عدم وجود ما يمنع تنفيذه شرعًا ، ومثل هذا فى كثير من الدول يتم النص على ألا يكون حكم المحكم مخالفًا للنظام العام فى الدولة التى يرغب الفائز بحكم التحكيم تنفيذه فيها .

(٢٠) سورة النساء ، آية رقم (٣٥) .

(٢١) Michael Mustill and Steward Bayd : The Law and Practice of Commercial Arbitration in England, London, Butterworth, 1989, p. 154-163.

(٢٢) الأستاذ بهاء هلال دسوقى : قانون التجارة الدولية الجديد : دراسة تحليلية ، القاهرة ١٩٩٣م ، ص (١٥٠) .

(٢٣) د. عبدالحميد الأحدب : التحكيم مصادره وأحكامه ، بيروت : مؤسسة نوفل للنشر ١٩٩٠م ، ص (٦) .

(٢٤) العدالة شيء نسبى تتوقف على شعور المحكم وعدالته وقد تختلف من محكم إلى آخر حسب رؤيته للموضوع .

(٢٥) الأستاذ بهاء هلال دسوقى ، مرجع سابق ، ص ص (١٦١-١٦٢) .

(٢٦) Samuel V. Gockjion : ICC Arbitration From A Practitioner's Perspective, Vol. 14, Journal of International Law & Economic, p. 407-435, 408. (1980).

(٢٧) Russell Bennett Stevenson, Jr. : An Introdution to ICC Arbitration. Vol. 14, Journal of International Law & Economic, p. 381-405, 386. (1980).

(٢٨) Francis J. Higgins, William G. Brown & Partick J. Roach, op. cit p. 1038.

(٢٩) James M. Rhodes & Lisa Sloan : The Pitfalls of International Commercial Arbitration, Vol. 17 Vanderbilt Journal of Transnational Law. p. 19-45, 20-22. (1984).

(٣٠) Parker School of Foreign and Comparative Law of Columbia University Guideto International Arbitration and Arbitrators, (Transnational Juris Publications, Inc 1989)

حيث تم الجمع والنص على قواعد الإجراءات فى مراكز التحكيم الرئيسية فى العالم .

(٣١) قواعد التحكيم فى غرفة التجارة الدولية ICC مادة (٨) فقرة (٥) .

(٣٢) قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى . (الأنسترال) ، مادة (٢٦) .

(٣٣) Browen & Tupman : Court-Ordered Provisional Measures under the New York Convention, 80 American Journal of International Law, p. 24, (1986).

(٣٤) De Houteclocque : French Judicial Expertise Procedure and International Arbitration Vol. 4, Journal of International Arbitration, p. 77, (1987).

(٣٥) تعتبر شروط الفيدك نموذجًا للشروط المتبعة دوليًا كشروط عامة للتعاقد على القيام بأعمال هندسية مدنية أو إنشائية وهى ما يطلق عليها باللغة الإنجليزية The Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction,

وهو ما يسمى بالكتاب الأحمر والذى يتضمن نماذج لشروط مقترحة لهذا الخصوص .

- E. C. Corbett : FIDIC 4th, a Practical Legal Guide, (Sweet & Maxwell Limited, 1991). and its Supplement which was Published in 1993 by Corbett & Co., of London.

(٣٦) مهمة محكمة التحكيم فى غرفة التجارة الدولية ليس التحكيم وإنما تسهيل عملية التحكيم عن طريق وضع مجموعة من القواعد والإجراءات وأعمال السكرتارية الإدارية . ومن مميزات التحكيم عن طريق غرفة التجارة الدولية بالإضافة إلى التسهيلات الإدارية هناك مجموعة من ملفات القضايا السابقة التى يمكن للمحكمين الاستعانة بها ، وليس غريبًا فى التحكيم عن طريق الغرفة أن تتم الإشارة إلى أحكام سابقة صادرة منها . أيضًا على الرغم من أنه لا يوجد فى غرفة التجارة الدولية إجراءات رسمية لمراجعة موضوعية صحة الحكم بواسطة محكمة التحكيم ، يراجع الموظفون مسودة الحكم ويمكن أن يقترحوا على المحكم بعض النقاط التى تم إغفالها أو أن الحكم خارج عن خط الأحكام السابقة فى قضايا مماثلة .

- Srussel Bennett Stevenson, Jr. : An Introduction to ICC Arbirtation. Vol. 14, the Journal of International Law & Economics, p. 387-390 (1980).

(٣٧) انظر قواعد وإجراءات التحكيم فى غرفة التجارة الدولية ICC RULES مادة (٣) فقرة (٢) .

(٣٨) المرجع السابق ، مادة (٤) .

(٣٩) المرجع السابق ، مادة (٢) فقرة (٣) .

(٤٠) المرجع السابق ، مادة (٢) فقرة (٥) .

(٤١) المرجع السابق ، مادة (٢) فقرة (٦) .

(٤٢) المرجع السابق ، مادة (٢) الفقرات (٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣) .

(٤٣) المرجع السابق ، مادة (١٢) .

(٤٤) Goldsmith : How to Draft Terms of Reference, Vol. 3, Journal of International Arbitration, p. 298 (1987).

(٤٥) انظر قواعد وإجراءات التحكيم فى غرفة التجارة الدولية ICC RULES مادة (١٣) فقرة (١) .

(٤٦) المرجع السابق ، مادة (١٣) فقرة (٤) .

(٤٧) Franceis J. Higgins, William G. Brown & P. J. Roach : Pitfalls in International Commercial Arbitration, Vol. 35 Business lawyer, p. 1041 (1980).

(٤٨) انظر قواعد وإجراءات التحكيم فى غرفة التجارة الدولية ICC RULES مادة (١٣) فقرة (٢) .

(٤٩) المرجع السابق ، مادة (١٤) والمادة (١٥) .

(٥٠) المرجع السابق ، مادة (١٤) فقرة (٢) .

(٥١) المرجع السابق ، مادة (٢١) .

(٥٢) Francis J. Higgins, William G. Browen & P. J. Poach, op. cit., p. 1039.

(٥٣) فى ٢١ من شهر يونيو عام ١٩٨٥م وبعد ثلاثة أسابيع من المناقشات الدبلوماسية بين العديد من الممثلين والمراقبين من ثمان وخمسين دولة وحضرها (١٨) منظمة دولية تم تبنى قانون للتحكيم التجارى الدولى ، وهذا يعتبر أكبر تقدم فى تاريخ التحكيم التجارى الدولى ، حيث إن كثيرًا من الدول الموقعة تبنت هذا القانون ليصبح قانونها الداخلى . ويطبق هذا القانون فقط على التحكيم التجارى الدولى ، وصار مهمًا لأنه يحفظ استقلالية الأطراف ويضمن العدالة لعملية التحكيم ويقلل من تدخل المحاكم الداخلية فى الدولة فى الموضوع . انظر فى هذا الخصوص :

- Micheal F. Hoellering : The UNCETRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Vol. 20, The International Lawyer No. 1. p. 327-339. (1986).

- Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the

work of its Eighteenth Session, 40, U.N. GAOR Supp. (No.17) , U.N. Doc. A/40/17 (1985).

(٥٤) Peter Sanders : Procedures and Practice Under Uncetral Rules, Vol. 27, American Journal of Comparative Law, p. 453, (1979).

(٥٥) E. G. Seby Stewart : Practical Aspects of Arbitrating Claims Before the Iran. U.S Claims Tribunal, Vol. 18, International Lawyers. p. 211 (1984).

(٥٦) د. سامية راشد : التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة ، منشأة المعارف ، ١٩٨٦ ، ص (٦) .

(٥٧) United Nation Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. 21 U.S.T. 2517. T. I. A. S. No. 6997, 330. U.N.T.S. 38.

(٥٨) قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى UNCETRAL RULES مادة (٣) .

(٥٩) قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى UNCETRAL RULES مادة (٦) فقرة (٢ ، ٣) .

(٦٠) قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى UNCETRAL RULES مادة (٢٣) .

(٦١) المرجع السابق ، مادة (٩-١٢) .

(٦٢) المرجع السابق ، مادة (٢٦) .

(٦٣) المرجع السابق ، مادة (٣٢) .

(٦٤) المرجع السابق ، مادة (٣٨-٤٠) .

(٦٥) المرجع السابق ، مادة (٣٨) .

(٦٦) المرجع السابق ، مادة (٤١) .

(٦٧) James M. Rhodes & Lisa Sloon : The Pitfalls of International Commercial Arbitration, Vol. 17, Vanderbilt Journal of Transnational Law, p. 27-28 (1984).

(٦٨) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختيارى والإجبارى ، مرجع سابق ، ص ص (٣٢-٣٣) .

(٦٩) Nicolas C. Ulme : Drafting The International Arbitration Clause, Vol. 20, The International Lawyer, p. 1335, (1986).

(٧٠) Samuel V. Goekjian : ICC Arbitration from a Practioner's Perspective, Vol. 14, Journal of International Law & Economic, p. 435, 408 - 409, (1980) .

(٧١) Ibid., p. 411.

(٧٢) Francis J. Higgins, William G. Brown & P. J. Roach : Pitfalls in International Commercial Arbitration, Vol. 35, Business Lawyer, p. 1039. (1980).

(٧٣) Ibid., p. 1040.

(٧٤) Nicolas C. Ulmer : Drafting the International Arbitration Clause, Vol. 20, The International Lawyer. p. 1335-1350, 1343, (1986).

(٧٥) انظر المادة (١٢) من قواعد التحكيم فى غرفة التجارة الدولية .

(٧٦) انظر المادة (١٦) من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى .

(٧٧) هناك بعض الدول قد يصعب إجراء التحكيم فيها ، ومن هذه الدول السعودية ، والعراق ، وتركيا ، وإيران ، والبرازيل ، وتايوان ، وفنزويلا ، والبرتغال فعند اختيار إحدى هذه الدول يجب أن يتم تحديد ما إذا كانت هذه الدول أطراف فى أى اتفاق ثنائى أو دولى غير اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م .

(٧٨) اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية لعام ١٩٥٨م مادة (٢) فقرة (١) . حتى فبراير عام ١٩٩٠م هناك حوالى ٨٠ دولة بما فيها كل الدول التجارية الكبرى أطراف فى هذا المؤتمر .

(٧٩) اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام (١٩٥٨) ، مادة (٢) فقرة (٣) .

(٨٠) المرجع السابق ، مادة (٢) ، فقرة (٢) .

(٨١) انظر المادة (٢٠) من نظام التحكيم فى المملكة العربية السعودية التى تقضى بما يلى : «يكون حكم المحكمين واجب التنفيذ عندما يصبح نهائيًا وذلك بأمر من الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ، ويصدر هذا الأمر بناء على طلب أحد من ذوى الشأن بعد التثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه شرعًا» . انظر أيضًا قانون المرافعات بدولة الإمارات العربية المتحدة ، المادة (٩٢) منه التى عالجت موضوع إبطال قرار المحكمين : وهناك غيرها من قوانين التحكيم فى البلاد العربية التى تجيز بإبطال أو استئناف حكم المحكم إذا ثبت مخالفته للنظام العام ، أو غير ذلك من الأسباب المقنعة للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع والتى تختص بالتصديق على قرار التحكيم ... إلخ انظر فى ذلك د. أحمد أبو الوفا : التحكيم فى القوانين العربية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف بالإسكندرية .

(٨٢) وفقًا للمادة (٥) من اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية «... لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذى يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة فى البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على :

أ - أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه فى المادة الثانية (من هذه الاتفاقية) كانوا طبقًا للقانون الذى ينطبق عليهم عديمى الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقًا للقانون الذى أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقًا لقانون البلد الذى صدر فيه الحكم .

ب - أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم فى مواجهته لم يعلن إعلانًا صحيحًا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه .

جـ - أن الحكم فصل فى نزاع غير وارد فى مشارطة التحكيم أو فى عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به . ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقى أجزاء الحكم الغير متفق عليه حلها بهذا الطريق .

د - أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذى يتم فيه التحكيم فى حالة عدم الاتفاق .

هـ - أن الحكم لم يصبح ملزمًا للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة فى البلد التى يصدر الحكم بموجب قانونها .

٢ - يجوز للسلطة المختصة فى البلد المطلوب الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين فيها أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها :

أ - أن قانون ذلك البلد لا يجيز النزاع عن طريق التحكيم .

ب - أو أن فى الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام فى هذا البلد» ، انظر اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام (١٩٥٨م) ، المادة (٥) .

(٨٣) كما هو الحال فى فرنسا والسويد والكويت حيث نجد أن هذه الدول تضيق وتحد من الحق فى استئناف حكم المحكمين فى محاكمها إلى الحد الأدنى . انظر Nicolas C. Ulmer، مرجع سابق ص (١٣٤٤) . أما فى المملكة العربية السعودية فنجد أن نظام التحكيم يعطى للمحكمة المختصة (ديوان المظالم) ، سلطة كبيرة فى مراجعة قرار التحكيم عند طلب تنفيذ الحكم . وقد يكون لقيام المملكة بتوقيع اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية أثر كبير فى التخفيف من مثل هذه العوائق .

(٨٤) نصت محكمة تحكيم لندن فى قواعدها أن من حق الأطراف أن يستبعدوا اللجوء أو الاستئناف إلى المحاكم البريطانية فيما يتعلق بأى مسألة قانونية تدخل فى نطاق القانون أو تتصل بأحكامه أثناء عملية التحكيم ، أو فيما يتعلق بأى قرار تحكيمى تم صدوره . وهذا الاستثناء فقط للتحكيم التجارى الدولى ولا ينطبق على النزاع البحرى والتأمين.

- Enid A. Marshall, Gill : The Law of Arbitration, p. 90-94, (Sweet & Maxwell, 1983).

(٨٥) الدكتور أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص (٧٥) .

(٨٦) Alan Redfern & Martin Hunter, op. cit., p. 53-54.

(٨٧) د. سامية راشد : التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص ص (٨٣-١٦٥) ؛ د. أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص (٨٣) .

(٨٨) الأستاذ هلال بهاء دسوقى ، مرجع سابق ، ص (١١٥) .

(٨٩) الأستاذ هلال بهاء دسوقى ، مرجع سابق ، ص ص (١٣١-١٣٢) .

(٩٠) قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) ، مادة (٣٣) فقرة (١)

(٩١) قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ، مادة (١٣) فقرة (٣) .

(٩٢) Saudi Arabia V., : Arabian Oil Company (Aramco) 27, I.L.R. (1963) 177.

(٩٣) عقد التحكيم فى هذه القضية فى مدينة جنيف من هيئة تحكيم مكونة من ثلاثة أشخاص وفقًا لتحكيم الحالات الخاصة Adhoc وفق مشارطة التحكيم التى عقدت فى عام ١٩٥٥م وموجزها « ... أن أرامكو عقدت مع الحكومة السعودية عقد امتياز فى عام ١٩٣٣م . وفى ١٩٤٥م عقدت الحكومة السعودية عقدًا مع اريستوتل أوناسيس Aristotale Onassis وشركته ، وكوّنت شركة تسمى شركة الناقلات البحرية السعودية المحدودة . وفقًا لهذه الاتفاقية أعطيت الشركة حقوق أفضلية "Right of Priority" لمدة ثلاثين سنة لنقل النفط السعودى . النقطة فى الموضوع هو تناقض هذا العقد مع امتياز أرامكو الذى أعطى شركة أرامكو السعودية حقًا كاملا Exclusive Right لنقل النفط الذى تستخرجه من مناطق امتيازها فى السعودى . وبعد مداولات هيئة التحكيم أصدرت الهيئة حكمها بالأغلبية لصالح شركة أرامكوا فى هذه القضية التى تعرضت فيها هيئة التحكيم للقانون الذى يحكم عملية التحكيم نفسها ورأت بأن قانون مقر التحكيم الذى هو قانون كانتون جنيف لا ينطبق على التحكيم ، وإنما يحكم عملية التحكيم القانون الدولى . وهذه النتيجة هى نفس النتيجة التى توصلت إليها هيئة التحكيم فى حكمها الخاص فى إنهاء النزاع بين ليبيا وشركة تكساكو الأمريكية . انظر فى هذا الخصوص :

- Alan Redfern & Martin Hunter : Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 58-59. (Sweet and Maxwell).

(٩٤) Samuel V. Goekjian, op. cit., p. 411.

(٩٥) اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام ١٩٥٨م ، المادة (٥) فقرة (١-أ) .

(٩٦) د. أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص (١٣٣) .

(٩٧) د. أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص (١٤١) .

(٩٨) Franceis J. Higgins. william G. Brown & P. J. Roach : Pitfalls in International Commercial Arbitration, Vol. 35, Business Lawyer, p. 1039, (1980).

(٩٩) د. أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص ص (١٤٦-١٤٧) .

(١٠٠) د. أبو زيد رضوان ، مرجع سابق ، ص (١٤٨) .

(١٠١) اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، مادة رقم (٥) فقرة (أ) (١) .

(١٠٢) قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC Rules ، مادة (١٣) فقرة (٣) .

(١٠٣) قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) UNCETRAL RULES مادة (٣٣) فقرة (١) .

(١٠٤) Nicolas C. Ulmer, op. cit., p. 1342-1343.

(١٠٥) على الرغم من أن القانون يفرض على المحكمين المعينين من قبل الأطراف فى التحكيم التجارى الدولى أن يكونوا حياديين تمامًا ، فلقد تم الاعتراف بحقيقة أن المحكم المعين من قبل كل طرف لا يتوقع أن يكون محايداً وغير متحيز ، بل سوف يعمل على الدفاع عن وجهة نظر من قام بتعيينه . ولكن على الرغم من ذلك فالحيادية مشكوك فيها ، وقد يؤدى ذلك إلى الطعن فى حيادية المحكم مما ينتج عنه تأخير صدور قرار فى عملية التحكيم أو فى بعض الأحيان قد يؤدى إلى سحب حق الاختيار من الأطراف وإعطائه لمركز إدارة التحكيم فى حالة ما إذا كان المعترض لا يعرف مسبقًا الأساس الذى يعطى الحق فى الطعن أو لم يقم بالطعن فى نزاهة المحكم إلا بعد صدور الحكم فالمحكمة الوطنية المختصة بنظر النزاع قد تلغى الحكم وتعلن بأنه غير صحيح Invalid بسبب عدم حيادية المحكم . ولكن لتفادى هذه الانتقادات فى المستقبل أو للتخفيف من احتمال حصول تحدٍ لحكم المحكمين فعلى الأطراف أن يوضحوا ويحددوا نطاق الاتصالات المسموح بها بين الطرف والمحكم الغير محايد وبين الطرف والمحكم الذى قام باختياره :

- Franceis J. Higgins. William G. Brown & P. J. Roach, op. cit., p. 1043.

(١٠٦) Clelland, Interantional Arbitration : A practical Guide to the System for the Litigation of Transnational Commercial Disputes, Vol. 17, Virginia Journal of International Law, p. 729-742 (1977).

(١٠٧) James M. Rhodes & lisa Saloan : The Pitfalls of International Commercial Arbitration, Vol. 17, Vanderbilt Journal of Transnational Law, p. 19-45, 29, (1984).

(١٠٨) Alan Redfern & Martin Hunter, op. cit., p. 160-165.

(١٠٩) قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC Rules ، مادة (٢) فقرة (٣) وفقرة (٤) الخاصة بتعيين المحكمين .

(١١٠) المرجع السابق مادة (١٥) فقرة (٣) .

(١١١) قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) UNCETRAL RULES المواد (٦ ، ٧ ، ٨) ، الخاصة بتعيين المحكمين .

(١١٢) قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) ، المادة (١٧) .

(١١٣) المرجع السابق ، المواد (٣٨-٤٠) .

(١١٤) بالنسبة لقواعد التحكيم فى المراكز الدولية هناك إجراءات معينة لتنحية المحكم والمتحيز . ليس مجرد المعرفة الشخصية بين المحكم وأحد أطراف العقد التجارى الدولى تعتبر دليلاً على

التحيز معه وضد الطرف الآخر ، مثلاً " (أ) وجود علاقة مالية أو شخصية مباشرة أو غير مباشرة مع أحد أطراف العقد أو (ب) أى علاقة سابقة أو حاضرة سواء مالية أو عائلية أو تجارية التى يمكن أن تؤثر فى حياد المحكم لو كان هذا التأثير ظاهراً .

(١١٥) James M. Rhodes & Lisa Saloan, op. cit., p. 32.

(١١٦) انظر فى هذا الخصوص حكم المحكمة الفرنسية فى قضية التحكيم التى تم فيها تسمية الحكومة المصرية كطرف ، والتى تعرف بقضية الأهرامات :- Egypt S.S.P. (Middle) Limited and Southern Pacific Properties Limited V. the Arab Republic of and The Egyptian General Company for Tourism and Hotels, I.L.M., No. 4 (July 1983), P. 752. ، حيث ألغت محكمة استئناف باريس حكم المحكمين فى هذه القضية . المدعى فى هذه القضية مستثمر يملك أو يدير فنادق ومحلات سياحية تقدم باقتراح لبناء قرية سياحية وغير ذلك من التسهيلات السياحية قرب الأهرامات المصرية فى منطقة الجيزة . فى شهر سبتمبر من عام ١٩٧٤م قام مسؤول فى وزارة السياحة المصرية ، وهو وزير السياحة ، بتوقيع العقد كممثل عن الحكومة المصرية وممثل عن الهيئة العامة للفنادق السياحية . فى شهر ديسمبر من العام نفسه تم توقيع اتفاقية لتطوير مشروعين سياحيين ، واحد فى منطقة الأهرامات والآخر فى منطقة رأس الحكمة ، هذه الاتفاقية وقعت بين الهيئة العامة للفنادق والسياحة والمدعى ممثلاً فى نائبه السيد : D. gilmour ، وفى هذه الاتفاقية لم يتم تسمية الحكومة المصرية كطرف فى الاتفاقية ، ولكن فى ورقة التوقيع يوجد توقيع وزير السياحة وختم الوزارة بالإضافة إلى عبارة « ... تمت الموافقة عليه ، وافق عليه وتم تصديقه من قبل وزير السياحة ...» وبعد نشوء النزاع تم اللجوء إلى التحكيم وفقًا للمادة (٢٠) من العقد حيث نصت على التحكيم فى غرفة التجارة الدولية . إلا أن المشروع لم يتم نظراً للأهمية التاريخية للمنطقة المزمع إنشاء المشروع عليها حيث لاقى المشروع معارضة داخل مصر وخارجها ، لذلك ألغت الحكومة المصرية هذا المشروع . وبعد إلغاء المشروع تقدم المدعى بدعواه مستنداً للمادة (٢) من الاتفاقية طالبًا التحكيم لإخلال الحكومة المصرية بالتزامها وإلغاء العقد وطلب التعويض عن ذلك . تقدم المدعى بدعواه إلى التحكيم وفقًا لقواعد غرفة التجارة الدولية ضد الحكومة المصرية والهيئة العامة للفنادق السياحة . رفضت الحكومة المصرية أن تكون طرفًا لاتفاقية ديسمبر من العام نفسه ونازعت فى اختصاص هيئة التحكيم وفى سلطتها نظر النزاع والفصل فيه . ولكن نظراً لأن التحكيم بدأ وفقًا لقواعد غرفة التجارة الدولية فصلت محكمة التحكيم فى موضوع وجود اتفاقية على اللجوء إلى التحكيم ورأت أن هناك اتفاقية بين الأطراف على اللجوء إلى التحكيم ، أما موضوع الاختصاص فرأت محكمة التحكيم أن تفصل فيه هيئة التحكيم . عندئذ قررت الحكومة المصرية أن تشارك فى التحكيم ، ولكن احتفظت بموقفها فى موضوع اختصاص هيئة التحكيم فى نظر النزاع وقد تم النص على هذا التحفظ فى مشارطة التحكيم ورأت هيئة التحكيم بالأغلبية أن لها الاختصاص فى نظر النزاع ،

وحكمت بالأغلبية بأن الحكومة المصرية كانت طرفًا فى الاتفاقية ومن ثم فهى ملزمة بالخضوع للتحكيم تنفيذًا للمادة (٢٠) من الاتفاقية ، كما رأت هيئة التحكيم بعد فحص موضوع النزاع وحقوق الأطراف أن على الحكومة المصرية أن تدفع تعويضًا للطرف الآخر لإخلالها بالتزامها التعاقدى معه . بعد ذلك رأت الحكومة المصرية أن تتحدى حكم المحكمين وتقدمت باستئناف إلى محكمة باريس لأن التحكيم عقد فيها ومن ثم فالحكم يعتبر حكمًا فرنسيًا وفقًا للقانون الفرنسى . وكانت نتيجة ذلك أن ألغت المحكمة الفرنسية الحكم .

- Alan Redfern : International Commercial Arbitration, Jurisdiciton Denied : the Pyramid Collapses, 1986, Journal of Business Law, p. 15-22, (1986) .

(١١٧) Eric A. Schwartz, Esquire & Sigvard Jarvin, Esquire, op. cit., p. 91-92.

(١١٨) M. Lurie Esputire, Michael T. Callahan, Esquire, Barry B. Bramble, Esquire & Paul : Arbitration of construction Disputes, Chapter 3, p. 62-63, (John wiley & Sons, Inc. 1990).

- Keith W. Hunter & Jim Hoenig : Dispute Resolution and Avoidance Techniques in The Construction Industry, Vol. 47, Arbitration Journal, No. 3, p. 16-18. (1992).

(١١٩) قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) مادة (٢٠) . وانظر أيضًا :

- Michael Segalla, Survey : The Speed and Cost of Complex Commercial Arbitration, Vol. 46, Arbitration Journal. No. 4. p. 12-22, (1991).

- James J. Myers : Could Arbitration be made a more Effective Method of Resolution of Construction Disputes ? Vol. 19, International Business Lawyer, No. 6, p. 313 (1991).

(١٢٠) قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC RULES ، مادة (١٣) .

(١٢١) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختيارى والإجبارى ، مرجع سابق ، ص ص (١١٩-١٢٠) .

(١٢٢) د. سامية راشد ، مرجع سابق ، ص ص (٤٢٤-٤٢٥) .

(١٢٣) النص الإنجليزى لهذا الشرط هو :

"All Disputes Arising in Connection with The Present Contract shall be Finally Settled under The Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or More Arbitrators Appointed in accordance with the said Rules".

(١٢٤) Franceis J. Higgins. William G. brown & P. J. Roach, op. cit., p. 1039.

الفصل الثانى

طرق حل المنازعات التى تنشأ عند تنفيذ العقود الفنية المعقدة

تختلف العقود الفنية المعقدة بما فيها عقود الإنشاءات عن العقود التجارية الدولية الأخرى . فهذا النوع من العقود يتميز بميزات خاصة لا توجد فى العقود الأخرى مثل عقد البيوع الدولية مثلاً . فطول مدة التنفيذ فى عقود الإنشاءات وتعقيدات هذه العقود من الناحية الفنية ، وتعدد أطرافها تجعل المشاكل القانونية التى تنشأ عن مثل هذا النوع من العقود مشاكل معقدة ومركبة سواء من حيث العلاقة القانونية بين أطراف العقد ذاته أو من حيث الجوانب الفنية لها . فأطراف هذه العقود كثيراً ما يتوقعون منذ البداية احتمال التغيير فى طريقة التنفيذ أو المواصفات عما تم التعاقد عليه ، مما يحتم معه وجود مرونة فى هذه العقود تعطى الفرصة لإجراء التعديل اللازم الذى يطلبه رب العمل ، وما يترتب على هذا التغيير والتعديل من زيادة فى تكاليف التنفيذ أو إنقاصها .

وبالإضافة إلى طول مدة التنفيذ واحتمال التغيير فيها ، فهناك عامل آخر ، وهو نشوء بعض الصعوبات فى التنفيذ التى لم يكن متوقعاً حدوثها من قبل الأطراف حال توقيع العقد ، وهى السبب الذى قد يؤدى إلى زيادة الأسعار وما ينشأ عن ذلك من نزاعات ، أو ما يتطلبه ذلك من زيادة مدة التنفيذ الأساسية ، وما يترتب على ذلك من نشوء نزاعات طويلة ومعقدة يجب حلها من قبل طرف ثالث ذى خبرة ودراية بطبيعة العقد .

هذه الأسباب تدفع الأطراف ابتداء إلى اختيار التحكيم كوسيلة لحل مثل هذه المنازعات وذلك بالنص عليه فى العقد الأساسى بين الأطراف . ويعد هذا دليلاً على أن التحكيم فى مثل هذه المنازعات وسيلة فعالة تقوم على خدمة الأعمال الإنشائية فى العالم ، نظراً لمرونتها فى إنهاء النزاعات التى قد تنشأ عنها [(١)] .

وقد أصبح التحكيم ، بلا شك ، الوسيلة الوحيدة ذات القيمة لحل النزاعات التى تنشأ عن المشاريع الإنشائية الدولية ، على الرغم من أن هناك من يرى أنه لا يصلح أن يكون وسيلة لحل النزاعات المعقدة فى عقود الإنشاءات الطويلة المدة ، نظراً لطول المدة اللازمة لتنفيذ العقد ولتعدد الأطراف المشاركة فيها كصاحب العمل ، والمقاول ،

والمهندس ، والمقاول من الباطن ، والممول للمشروع .. إلخ ، أو اعتماد أحدهما على ما يقوم به الطرف الآخر من عمل خلال مدة طويلة [٢] .

المبحث الأول
حتمية نشوء المشكلات فى مثل هذه العقود

تتعدد أطراف العلاقة فى العقود الفنية المعقدة ، فهناك المقاول الرئيسى والمقاولون من الباطن وفق ما يحتمه أسلوب التعاقد الذى يختاره رب العمل ليتم تنفيذ المشروع بموجبه ، مثل عقود تنفيذ البنية التحتية وعقود تنفيذ مصافى البترول أو مشاريع المطارات الدولية، وعقود الإنشاءات التى غالبا ما يكون فيها الأطراف من جنسيات مختلفة، خاصة عندما يكون التنفيذ فى دولة غير متقدمة صناعيًا والمقاولون من دول متعددة مما يُتَوقع معه نشوء منازعات عند تنفيذ هذه العقود بين الأطراف المشاركة ورب العمل أو بين بعضهم البعض .

ولاشك فى أن منشأ المنازعات فى مثل هذه العقود يكون أحد الأسباب التالية :

أ – التقدم بعروض أقل لتنفيذ مشاريع ضخمة مثل مشاريع تسليم المفتاح من قبل مقاول رئيسى واحد وقيامه بتنفيذ المشروع من قبل عدد من المقاولين من الباطن .
فقد يلجأ صاحب المشروع إلى تنفيذ المشروع من خلال مقاول رئيسى واحد وفقًا لمواصفات معينة ، وهو ما يسمى بعقود تسليم المفتاح Turns Key Contract ، وهى طريقة المقاولة المتبعة التى تستخدم عادة فى مشاريع بناء المصانع الضخمة مثل مصانع البتروكيماويات والمصافى ومشاريع المطارات ... إلخ ، حيث نجد أنه فى هذه المشاريع يكون المقاول الرئيسى هو المسئول عن التنفيذ منذ المراحل الأولى للتصميم مرورًا بأعمال الإنشاءات المدنية واستيراد وتركيب الأجهزة اللازمة حتى التشغيل النهائى للمشروع .

ويلجأ عادة أرباب الأعمال إلى مثل هذه العقود لتنفيذ المشاريع الضخمة التى تتطلب خبرة وتقنية عالية ، لعدم قدرتهم على الإشراف على كل جزء من العمل على حدة أو لظروف تمويل المشروع من قبل جهة أخرى . فهى طريقة مفيدة لرب

العمل لحصر المسئولية فى شخص المقاول الأصلى عن جميع الالتزامات اللازمة لإنهاء المشروع ، بالإضافة إلى قلة التكلفة والحصول على أفضل الأسعار .

إلا أنه فى مثل هذا النوع من التعاقدات لايمكن أن يتم التنفيذ من قبل المقاول الأصلى شخصياً حيث لابد له من التعاقد مع مقاولين من الباطن لتنفيذ أجزاء العمل كل بحسب تخصصه ، مما يحتم أن تكون العلاقة القانونية علاقة مباشرة بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلى فقط .

ومن مساوئ هذه الطريقة فى التعاقد لجوء المقاول الأصلى إلى تقديم سعر أقل فى سبيل الحصول على المشروع ، وهذا يدفعه إلى التعاقد من الباطن مع مقاولين أقل كفاءة، مما ينعكس على نوعية العمل الذى تعاقد على تنفيذه .

ب - قد يكون منشأ النزاع هو نتيجة قصور فى العقد الأصلى لتغطية بعض المسائل الجوهرية وهو ما يجعل تنفيذ العقد غير ممكن . لهذا فالصياغة السليمة التى تأخذ بعين الاعتبار كافة الاحتمالات التى يمكن حدوثها ومعالجتها سلفاً قد تحول دون نشوء النزاع .

جـ - كذلك عدم تحديد المقصود من بعض الإصطلاحات الفنية والقانونية الواردة فى العقد مما يؤدى بدوره إلى نشوء الخلاف حول تفسير مثل هذه الاصطلاحات نظرا لاختلاف النظم القانونية للأطراف المتعاقدة ، أو عدم وجود نص فى العقد يتم بموجبه حل الخلاف .

ولكن عند الصياغة الأولية يستحسن الاستعانة بما هو موجود من النماذج السابقة ، التى هى نتاج خبرة طويلة ، أو اللجوء إلى ما أعدته بعض المؤسسات الدولية فى هذا الشأن ، مثل اتحاد المهندسين الدولى FIDIC الذى أعد بعض النماذج لشروط تغطى مسائل متنوعة فى عقود الإنشاءات ، يمكن الاستعانة بها مع إجراء بعض التعديلات عليها ، التى تتفق ورغبة المتعاقدين وموضوع العقد . مثلاً ؛ عند صياغة العقد يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار الحاجة إلى التغيير والتعديل فى بعض الأشياء التى تم الاتفاق عليها وذلك بوضع فقرة فى العقد تتيح إجراء مثل هذا التعديل ، كتعديل المواصفات الفنية أو تعديل الأسعار لتحاشى التقلب الذى قد يطرأ عليها بالزيادة مما يجعل تنفيذ العقد صعباً ، أو بوضع شروط تتيح للأطراف إعادة التفاوض حول بعض النقاط التى تكون ناتجة عن تغير الظروف أو

تغير سياسة الحكومة أو تغير الحكومة نفسها مما قد يؤثر على تنفيذ العقد أو على وضعه الاقتصادى . ومن أمثلة هذه الشروط ما يلى :

- شرط أو فقرة تسمح بتعديل العقد فى المستقبل Variation and Change Clauses
- شرط أو فقرة فى العقد تسمح بتعديل الأسعار فى المستقبل Price Escalation Clauses
- شرط فى العقد يسمح بإعادة مراجعة ما تضمنه من التزامات Review Clauses

شرط فى العقد ينص على المحافظة على ما ينص عليه العقد من التزامات وما يمنحه من حقوق وتثبيت ما تم الاتفاق عليه بالإضافة إلى شرط ثبات نسبة الضرائب الموجودة حال التعاقد والتمشى بموجبها من قبل الأطراف المتعاقدة مما يعنى أن أى تغيير فى نسبة الضرائب عن نسبتها حال التعاقد سوف يتحمله رب العمل Stabilization and Tax Clauses [٣] .

د - الغموض المتعمد فى صياغة بعض النصوص فى العقد من قبل المقاول ، وعدم قدرة رب العمل ، أو محاميه على اكتشاف مثل هذا الغموض ، مما قد يترتب عليه مشاكل فى التفسير وتحديد المقصود الحقيقى منه .

هـ - كذلك عدم تحديد القانون الواجب التطبيق ، قد يكون منبعًا لنشوء مشاكل مستقبلية تؤدى إلى اختيار المحكم لقانون غير مرغوب فيه من قبل صاحب العمل أو لجوئه إلى ما يسمى بقواعد العرف والعدالة والقواعد الدولية المتعارف عليها من قبل الأمم المتمدينة ومن ثم يكون ضحيته فى النهاية رب العمل [٤] .

و - تعدد الأطراف فى تنفيذ العقد التجارى الدولى قد يؤدى إلى نشوء الكثير من المشاكل . فالأطراف فى عملية التحكيم هم الأطراف فى اتفاقية التحكيم أو الأطراف فى العقد الذى يتضمن شرط التحكيم . حيث قدنجد حالات يكون فيها الشخص مجبرًا على التحكيم حتى ولو لم يكن طرفًا فى اتفاقية التحكيم كما فى حالة التنازل عن العقد ، أو الحلول محل المتعاقد الأصلى عن طريق الوراثة القانونية ، أو حالة الشركات المتفرعة عن الشركة الأصل فى المشروع ، والتى لم توقع على الاتفاقية ؛ ولكن لها تعامل مع أحد الموقعين ولعبت دورًا فى التفاوض على العقد وتنفيذه .

كما أن كثرة الأطراف المشاركة فى تنفيذ العقد الرئيسى قد تؤدى إلى خضوع بعضهم لشرط التحكيم حتى ولو لم يوقعوا على هذا الاتفاق والخضوع بموجبه لإحالة النزاع إلى التحكيم . فإذا لم يتفق كل الأطراف المنفذة للعقد على شرط أو اتفاقية تحكيم موحدة فلا بد من طلب التقدم إلى التحكيم بصفة مشترك . مثلا فى النزاع الذى ينشأ بين المقاول والمالك حول عمل معين تم إنجازه بواسطة متعاقد من الباطن ، نجد أن المتعاقد الأصلى قد يكون ملزمًا بعملية تحكيم منفصلة مع المالك وأخرى مع المتعاقد من الباطن وقد يخسر فى كلتا الحالتين (٥) .

ز - بالنسبة لعامل الوقت ، هناك تضارب بين مصالح الطرفين، فصاحب المشروع يتطلع دائمًا إلى أن يتم إنهاء العمل فى المشروع فى الوقت المحدد مسبقًا فى العقد حسب الجدول المعد لذلك ، والمقاول يتطلع إلى أن يحصل على وقت إضافى عندما تكون الظروف قد تغيرت أو طبيعة العمل الذى تم الاتفاق عليه قد عدلت مما يؤدى إلى قيام النزاع بين الأطراف حول ما إذا كان المقاول يستحق مثل هذا التمديد لمدة التنفيذ أم لا ؟ أو زيادة فى التكلفة أم لا ؟ وفيما إذا كان السبب الذى أدى إلى التمديد راجعاً إلى خطأ صاحب العمل أو إلى خطأ شخص آخر . وفى حالة تأخر التنفيذ قد يكون صاحب العمل مستحقًا لغرامة تأخير . أيضًا متى يتم استحقاق المبالغ عن القسم الذى تم تنفيذه من العمل أو من العمل الإضافى الذى تم تنفيذه من قبل المقاول ... إلخ .

ح - قد يتم التعاقد من قبل رب العمل على تنفيذ المشروع مع عدة مقاولين أصليين كل منهم ينفذ العمل الذى يتعلق بتخصصه . فمثلاً : مع شركة الإنشاءات للأعمال المدنية ، ومع شركة توريد الأجهزة اللازمة سواء كانت كهربائية أو ميكانيكية ، وشركة للإشراف الهندسى ... إلخ، ويتم التوقيع على عقد واحد من قبل كافة المقاولين مع صاحب العمل حيث يشكل المقاولون فيما بينهم ما يعرف بالكونسورتيوم Consortium الذى هو نوع من الشراكة الاتحادية ، حيث يعينون أحدهم مسئولاً وقائداً للمجموعة أمام رب العمل يكون مخولاً بأن يقبض الأجر المقرر للمجموعة ويوزعه عليهم كل بحسب نصيبه منه مقابل العمل الذى قدمه كما هو محدد فى العقد ، كما يكون مسئولاً عن تلقى الإشعارات التى توجه من قبل رب

العمل . إلا أنه لا يعتبر ممثلاً قانونيًا للمجموعة ، بل إن لرب العمل ، متى أخل أحد الأطراف بالعمل الملتزم به أن يرجع عليه أو على المجموعة كاملة لمطالبتهم بتنفيذ الالتزام المُخَلّ به ولو كان الالتزام الذى تم الإخلال به ، ليس من نصيب المقاول الذى يرجع عليه رب العمل وإنما من نصيب مقاول آخر . فهذا يعتبر نوعًا من الضمان الاتفاقى يمنحه المقاولون المتعددون الذين يبرمون عقد المقاولة لرب العمل . كما أن مثل هذه المشاركة تعتبر شركة تضامن فعلية ومسئولية الشركاء تجاه من تعاقدوا معه من الغير مسئولية تضامنية متى أراد المتعاقد مع الكونسورتيوم الرجوع على أحد الشركاء منفرداً دون الإخلال بالتزامات المقاولين الآخرين المشاركين فى تنفيذ العقد .

المبحث الثانى

مزايا التحكيم فى حل منازعات العقود الفنية المعقدة

فى كثير من الأحيان قد يكون من الأفضل للأطراف حل النزاع فى مثل هذه العقود عن طريق التسوية الودية دون اللجوء ابتداء إلى التحكيم ، خاصة عندما تكون هناك معلومات تقنية سرية ذات أهمية خاصة أو حقوق ملكية صناعية أو فكرية ليس من المصلحة عرضها على أطراف غير أطراف العقد لما يترتب على ذلك من إفشاء للأسرار الخاصة عندما يتطلب الأمر الاطلاع على الكثير من وثائق أو مواصفات المشروع من قبل المحكمين أو الحاجة إلى الحصول على تقرير الخبراء فى الموضوع .

لذلك وتدعيمًا لمثل هذا الاتجاه فى التسوية الودية فقد تم إضافة مادة جديدة فى النسخة الحديثة من شروط (الفيدك FIDIC) فى عام ١٩٨٧م هى المادة رقم (٦٧) التى تتضمن إعطاء فترة من الوقت لمحاولة حل النزاع صلحًا Amiable قبل اللجوء إلى التحكيم ، حيث تشترط هذه المادة إحالة النزاع إلى المهندس المعين مشرفًا على المشروع وفقًا لما تم الاتفاق عليه فى العقد لأخذ رأيه قبل التقدم بطلب اللجوء إلى التحكيم [٦] .

ولكن فى حالة إخفاق التسوية الودية فى إنهاء النزاع فلا مناص من لجوء الأطراف إلى التحكيم تنفيذاً لشرط العقد أو اتفاقية التحكيم لما يجدون فيه من مميزات لإنهاء النزاع فى مثل هذه العقود ، وشعورهم بالرضا لما يجدونه من قضاء غير متحيز ، وعدم اتباعه للإجراءات الرسمية التى يخضع لها التقاضى أمام المحاكم ، ولما يتميز به من مرونة فى الإجراءات ، وسرية فى التقاضى أمام هيئات التحكيم مقارنة بما يتم فى ردهات المحاكم . بالإضافة إلى أن النزاع فى مثل هذه العقود سوف يكون تقنياً فى أكثر الأحوال مما يتطلب معه معرفة خاصة ممن سيتخذ القرار (٧) ، وما يتطلبه ذلك من اختيار المحكم المتخصص فى موضوع النزاع من المؤهلين الذين يتم اختيارهم من قبل الأطراف أنفسهم أو من قبل جهة مستقلة فى حالة عدم اختيار الأطراف لهم (٨) .

إضافة إلى ذلك سهولة تنفيذ حكم المحكم دولياً لما تقدمه معاهدة نيويورك لعام ١٩٥٨م ، الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ، من مساعدة فى ذلك بالنسبة للدول المنضمة لهذه الاتفاقية ، حيث تعتبر حكم التحكيم ملزماً ولا يقبل الطعن فيه إذا لم يكن هناك تحفظ من قبل الدولة الموقعة على الاتفاقية فيما يتعلق ببعض موادها ذات الصلة .

كما أن شروط (الفيدك FIDIC) المعترف بها دولياً على نطاق واسع ، والمستخدمة فى أغلب عقود الإنشاءات الدولية ، تنص على أن النزاعات الخاصة بعقود الإنشاءات تحل عن طريق التحكيم ، وعلى الخصوص التحكيم عن طريق غرفة التجارة الدولية ICC وقد قامت الغرفة بإعداد نشرة (٩) من أجل مساعدة الأطراف المتعاقدة فى عملية التحكيم فى مثل هذه العقود وغيرها من عقود الأشغال العامة ، والمشاريع الصناعية بصرف النظر عن عدد الأطراف المشاركة فى عملية التحكيم .

ووفقاً لقواعد مؤتمر الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى الأنسترال أيضاً تم إعداد نشرة خاصة تضع معياراً لأعمال العقود الدولية الخاصة بأعمال إنشاءات المصانع Legal Guide on Drawing up International Contract for the Construction of Industrial Works, تم النص فيها على أن الغالب فى النزاعات الناشئة عن عقود الإنشاءات ، أن تحل بواسطة التحكيم ، وحددت قواعد تحكيم الأنسترال على وجه الخصوص (١٠) .

المبحث الثالث

الصعوبات التى تواجه المحكم فى مثل هذه العقود

لاشك أن تعدد الأطراف فى العقود الدولية قد يسبب كثيراً من الصعوبات للمحكم فى قبول أو رفض طلب أى منهم . فقد يكون بعض أطراف العقد غير خاضع للتحكيم بموجب شرط فيه ، خاصة عندما يكون متعاقداً من الباطن ، بينما العقد الأساسى فيه ما يلزم المقاول الرئيسى بالخضوع للتحكيم فى حل النزاع .

كل هذا قد يسبب بعض الصعوبات للمحكم أو هيئة التحكيم . مثلا: إذا كان العقد محل النزاع قد تم بين صاحب المشروع وبين عدد من المقاولين الأصليين الذين وقعوا على العقد كل بصفته المستقلة منفصلاً عن المتعاقد الآخر فيما يعرف بالكونسورتيوم Consortium ، وحصل أن نشأ نزاع فيما يتعلق بالأعمال التى تعهد بالقيام بها أحد المقاولين ، كمقاول الأعمال المدنية ، فقد تثور المشكلة هنا فى حق أحد الأطراف فى التقاضى بمفرده، وإمكانية مقاضاة طرف أو أطراف أخرين من أطراف الكونسورتيوم الذين لم ينشأ أى نزاع بخصوص ما يقومون به من أعمال .

ومن المشكلات والصعوبات التى يواجهها المحكم أو هيئة التحكيم هو تفسير العقد لبعض الاصطلاحات والشروط فى العقود الفنية المعقدة ، التى قد تكون غامضة على الفهم ، وقد يكون هذا الغموض متعمداً عند الصياغة أو عدم وجود أو استخدام مثل هذه الاصطلاحات فى البلد التى تم الاتفاق على أن قانونها الموضوعى سوف يحكم النزاع أو كان لها مدلول مختلف عما هو متعارف عليه دوليًا مثل ما يعرف فى الدول الغربية بالتعويض النقدى Liquidated Damages أو غرامة التأخير Delay Penalty ، حيث نجد أن شروط (الفيدك – FIDIC) تقصد بالتعبير الأول أن هذا التعويض يستحق بالقدر المحدد فى العقد بغض النظر عن تحمل الطرف الدائن لأية أضرار فعلية . وهو تفسير يختلف عما يحمله معنى التعويض النقدى فى كثير من القوانين بل قد يخالفها ، مع أنها قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها .

ولكن هذه الصعوبات يمكن تجاوزها أو تفاديها من قبل الأطراف بوضع الشروط والقواعد اللازمة التى يرون أنها ضرورية لتفادى مثل هذه الصعوبات، وذلك بصياغة نصوص شرط التحكيم فى اتفاقهم أو عقدهم بما يتوافق مع احتياجاتهم ورغباتهم ، واختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع بما لا يتعارض مع هذه الشروط أو النصوص .

الهوامش

(١) Keith W. Hunter & Jim Hoenig : Dispute Resolution and Avoidance Techniques in The Construction Industry, Vol. 47, Arbitration Journal, No. 3, p.16 - 18, (1992).

(٢) Michael Segalla : The Speed and Cost of Complex Commercial Arbitration. Vol. 46 Arbitration Journal, No. 4, p. 12-22. (1991).

- James J. Myers : Could Arbitration be made a more Effective Method of Resolution Construction Disputes?, Vol. 19, International Lawyer. No. 6, p.313, (1991).

(٣) William F. Fox, Jr., op. cit., p. 191-192.

(٤) Ibid., p. 39- 41.

(٥) Michael T. Callahan, Esquire, Barry B. Bramble,Esquire & Paul M.Lurie, Esquire, op. cit., p. 329 - 331.

(٦) International Federation of Consulting Engineers for the 4th editions of FIDIC Conditions. Articles (67).

(٧) H. James Wulfsberg, Esquire & Matthew D. Lempres, op. cit., p. 1-27.

(٨) Eric A. Schwartz, Wsquire & Sigward Jarvin Esquire, Chapter5. p. 71. in Alternative Dispute Resolution in the Construction Industries, Edited By F. Cosshman G. Christian Hedemann & Avram S. Tucher : Wiley Law Publisher, (1991).

(٩) ICC Guide on Multiparty Arbitration 3, (1988), Printed in Alternative Dispute Resolution in the Construction Industries, op. cit., p. 84.

(١٠) Robert F. Cushman, Esquire; G. Christian Hedemenn, Esquire; Avram S. Tucker, C.P.A. Editors, Alernative Dispute Resolution In the Construction Industry, p. 84, (Wiley Law Publications, 1991).

- Devitt : Multiparty Controversies in International Construction Arbitrations, Vol. 17, International Lawyer, p. 669, (1983).

- Dubisson, Arbitration in Subcontracts for International Projects, Vol. 1, Journal of International Arbitration, p. 197, (1984).

الفصل الثالث
حكم المحكم

عندما يتم تعيين المحكم أو المحكمين من قبل الأطراف المتنازعة أو من قبل الجهة المخولة بتعيينهم ، واستكمال هيئة التحكيم بتعيين رئيس لها يصبح الأمر تحت سلطة المحكم أو المحكمين ويصبح لهيئة التحكيم أو المحكم سلطة الفصل فى القضية بمجرد البدء فى عملية التحكيم حتى الانتهاء من سماع الأطراف ومن ثم إصدار حكم نهائى فى موضوع النزاع. وقد أشارت قواعد الأنسترال إلى ذلك حيث نصت على أن «هيئة التحكيم يمكن أن تدير عملية التحكيم بالطريقة التى تراها ملائمة ، شريطة أن يعامل كل الأطراف بالتساوى وفى كل مراحل عملية التحكيم وأن يتم إعطاء كل طرف الفرصة الكافية لإبداء وجهة نظره ودفاعاته، وعرض قضيته» [١] .

بعد انتهاء هيئة التحكيم من سماع الادعاء والدفاع وتفحص وسائل الإثبات المقدمة سوف تقوم بقفل جلسات الاستماع ومن ثم محضر الجلسات وتبدأ الهيئة أو المحكم فى كتابة الحكم الذى توصلت أو توصل إليه المحكم بعد المداولات والتشاور بين أعضاء الهيئة .

أما بالنسبة لقفل محضر الجلسات فمهم جداً ذكره فى المحاضر والتنبه إليه من قبل المحامى وعدم تجاهل مثل هذا الحدث والإجراء، لأن مثل ذلك يعتبر حدثًا من غير الممكن بعده سماع أى شىء بخصوص موضوع النزاع من الأطراف ، ومن ثم فلا يمكن لأى طرف التقدم بأى وثائق أخرى تدعم وجهة نظره إلا برضا المحكم أو المحكمين الذين يجب أن يسمحوا بذلك . بناء على ذلك فإذا كان لدى المحامى أو أحد الأطراف شىء يرغب فى تقديمه فعليه أن يعترض على قفل محضر الجلسات [٢] .

وللمحكم أن يصدر أى حكم يتعلق بحسم موضوع النزاع المعروض عليه أياً كان نوع هذا الحكم سواء كان حكمًا يتعلق بسير الإجراءات أو إثبات الدعوى أو أى حكم موضوعى قبل الفصل النهائى فى النزاع [٣] .

على الرغم من أنه ليس لحكم المحكم تعريف محدد ، إلا أنه يمكن أن يكون حكمًا

جزئيًا partial ، أى أن يصدر المحكم حكمه فى جزء من الموضوع عندما يكون ذلك ممكنًا ، أو قد يكون الحكم وقتيًا Interim ، أى فى جزئية يتطلب الحكم فى الموضوع الرئيسى الحكم والفصل فيها قبل البدء فى نظر النزاع الأصلى من قبل المحكم ، أو نهائياً Definitive ، بمعنى حكم نهائى فى الموضوع الرئيسى المعروض على المحكم أو المحكمين. ونجد أنه فى اللغة الإنجليزية يطلق على حكم المحكم Award، وأقرب تعريف له هو ما ورد فى اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها لعام ١٩٥٨م ، حيث نصت على أن كلمة حكم التحكيم " يجب أن تشمل ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل فى حالات محددة بل أيضًا الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف " [٤] . وعليه فإنه يصعب التفرقة بين الحكم الوقتى أو الجزئى والحكم النهائى. فالحكم الوقتى Interim هو نظر المحكم لموضوع معين أو جزء من موضوع معين وإصدار حكمه فيه . أى إصدار حكمه فى موضوع يمكن إنهاؤه فى خلال عملية التحكيم أو أن يكون ذلك ضروريًا للاستمرار فى نظر النزاع وإصدار حكم نهائى فيه مما قد يوفر الكثير من الجهد والمال والوقت لكل أطراف النزاع [٥] . مثلا : موضوع الاختصاص القضائى يمكن للمحكم أن يختصر الوقت والمال بإصدار حكمه فيه. مثل هذا الحكم تدعمه قواعد الأنسترال [٦] ، وقواعد المركز الدولى لحل منازعات الاستثمار ICSID [٧] . ويستمد المحكم سلطته فى إصدار حكم جزئى أو وقتى إما من اتفاقية التحكيم أو من القانون الواجب التطبيق [٨] . فعندما تتضمن اتفاقية التحكيم اللجوء إلى قواعد مركز تحكيم معين فهذه القواعد بلا شك سوف تتضمن نصوصًا من أجل إصدار مثل هذا الحكم الجزئى . فقواعد الأنسترال مثلا تنص على أنه بالإضافة إلى إصدار حكم نهائى يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر قرارات أحكام جزئية ، أو تمهيدية Interlocutory ، أو وقتية [٩] Interim . أيضًا قواعد غرفة التجارة الدولية وإن لم يكن صراحة ، تسمح لمحكمة التحكيم أن تراجع كل أنواع الأحكام سواء جزئية Interim أو نهائية Definitive [١٠] . وفى حقيقة الأمر الحكم الوقتى أو الجزئى هو حكم نهائى مثله مثل الحكم النهائى لأنه يهدف إلى إصدار حكم فى موضوع محدد خلال عملية التحكيم يتوقف على إصداره الاستمرار فى عملية التحكيم . مثلا :قد يلجأ المحكم إلى إصدار حكمه فى موضوع

الاختصاص Jurisdiction وقد تسمح بذلك قواعد الإجراءات فى مراكز التحكيم مثل قواعد الأنسترال [١١] .

كما أن مثل هذا القرار المؤقت فى قواعد الاختصاص يترتب عليه الاستمرار فى عملية التحكيم إذا حكم المحكم باختصاصه فى نظر الموضوع محل النزاع ومن ثم يصبح حكمه نهائياً بالنسبة لهذا الموضوع فيما يتعلق بالاختصاص ولا يمكن إثارته مرة أخرى لأنه يعتبر فى هذه الحالة حكماً نهائياً ، ويسمى مؤقتاً لأنه لا ينهى النزاع فى كامل الموضوع المعروض على التحكيم [١٢] .

أما الحكم الذى ينهى النزاع كاملاً فهو الحكم النهائى الذى يتطلب الاعتراف به وتنفيذه . فكلمة نهائى تتعلق بالحكم الذى يصدره المحكم وينهى النزاع بين الأطراف بصفة نهائية ومن ثم تنتهى بصدوره مهمة المحكم تماماً .

والمحكم لا يصدر حكمه النهائى إلا إذا تأكد أن مهمته المناطة به بموجب عقد التحكيم قد انتهت بنظر كافة المواضيع المطروحة على التحكيم ، ويستثنى من ذلك بعض التصحيحات اللغوية التى تختلف فيها مواقف مراكز التحكيم الدولية . فوفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية ICC ، لا يوجد نص يعطى المحكمين حق إعادة تصحيح الحكم حتى ولو كان هذا الخطأ مطبعياً ، إلا أنه يحق لمحكمة التحكيم فى الغرفة فحص الحكم قبل توقيعه من قبل المحكمين وإرساله إلى الأطراف [١٣] ، وعليه فإن الخطأ يمكن تداركه وتصحيحه فى هذه المرحلة. أما قواعد محكمة تحكيم لندن London Court of International Arbitration فتنص صراحة على أن للمحكم أو هيئة التحكيم سلطة تصحيح الخطأ العرضى Omission فقط ولكن ليس إصدار تفسير للحكم [١٤] .

أما قواعد الأنسترال فتعطى المحكم أو هيئة التحكيم سلطة تفسير الحكم الذى أصدرته إذا طلب منها ذلك [١٥] ، على أن تصحح حكمها فى مدة محددة [١٦] .

وتذهب قواعد مركز تسوية منازعات الاستثمار الدولى ICSID إلى أبعد من ذلك حيث تسمح بتفسير الحكم أو تعديله ليس بواسطة هيئة التحكيم الأصلية بل أيضاً بواسطة هيئة تحكيم أخرى جديدة إذا لم يكن بالاستطاعة عقد هيئة التحكيم الأولى [١٧] .

المبحث الأول

شروط صحة حكم المحكم

يعتبر حكم المحكم وسيلة اتصال بين المحكم ومن يقرأ حكمه فى موضوع النزاع مما يتطلب من المحكم أن يفكر مليًا عند قراءته للحقائق فى الموضوع المعروض عليه وفهمها فهمًا جيداً قبل البدء فى كتابة حكمه. فالمحكم بعد صرف الكثير من الوقت والجهد فى نظر القضية والسماع إلى الأطراف وقراءة الوثائق ، سوف يعبر عن وجهة نظره فى النزاع ويصوغ بها حكمه فى الموضوع . فالقرار الذى يكتبه المحكم يعتبر حكمًا بين الأطراف مثله مثل الحكم القضائى ويحوز حجية الشىء المحكوم به ويرتب آثاره فى مواجهة أطراف النزاع ، من تاريخ التوقيع عليه ، كما لو كان حكما قضائياً ، ولو لم يشتمل على الأمر بالتنفيذ (١٨) . وبناء عليه فلابد أن يكون هناك اهتمام ودقة فى إعداد وصياغة الحكم صياغة قانونية سليمة .

إن أفضل صياغة لحكم المحكم هى أن يستخدم المحكم فى كتابته للحكم اللغة السهلة ، وأن يكون بعيداً عن استخدام العبارات القانونية التى يصعب فهمها إلا على المتخصص فى القانون. وهذا يتطلب من المحكم أن يأخذ فى اعتباره ما يلى :

١ - أن يعطى الموضوع الكثير من التفكير عند كتابة حكمه وإعداده بالصيغة التى يمكن معها فهمه من قبل الأطراف الذين سوف يتأثرون به أو يؤثر فيهم ، وباللغة التى يفهمونها حتى يمكنهم تطبيقه وتنفيذه، حيث إن الحكم عادة يكتب باللغة التى تمت بها عملية المداولة فى التحكيم والمختارة من قبل الأطراف . وفى حالة وجود قانون ملزم بالنسبة لاستخدام لغة معينة فيجب احترامه فى هذه الحالة .

كما أن من شروط الاعتراف وتنفيذ حكم المحكم وفقًا لمؤتمر نيويورك، أن حكم التحكيم الأجنبى يجب أن يرفق بترجمة رسمية للغة المكان الذى يُراد أن يتم الاعتراف به وتنفيذه فيه عندما تكون هذه اللغة ليست لغة التحكيم (١٩) .

٢ - على المحكم أن يختار العبارات السهلة والجمل القصيرة والكلمات الواضحة والمباشرة والمتناسقة التى يسهل فهمها على القارئ . فالجملة الأولى التى يفتتح

بها المحكم حكمه إما أن تجذب انتباه القارئ أو أن تفقده الرغبة فى مواصلة القراءة [٢٠] .

٣ – أن يتم تنظيم الحكم بطريقة منطقية بحيث يؤدى إلى تسلسل الأفكار التى تساعد القارئ على فهم محتوى الحكم .

٤ – ألا يتم حشر الكثير من المعلومات فى فقرة واحدة مما قد يؤدى إلى فقدان الترابط المنطقى بين الجمل. ففى حالة ما إذا وجد أن الجملة اللاحقة فقدت الاتصال أو الصلة بالجملة السابقة ، فيجب عليه إنهاء الفقرة والبدء فى فقرة جديدة .

٥ – اختيار الكلمات المفهومة عموماً ، وتحاشى استخدام العبارات الركيكة [٢١] .

أما الشكل الذى يجب أن تكون عليه صيغة الحكم فقد يكون مطلوباً بموجب القانون الذى يحكم عملية التحكيم ، أى قانون المكان الذى تجرى فيه عملية التحكيم Lex Arbitri فمثلا فى سويسرا Swiss Concordat يتطلب القانون أن يتضمن الحكم الآتى :

(أ) أسماء المحكمين (ب) أسماء الأطراف المحتكمة (ج) مكان التحكيم (د) التعويض المطلوب أو السؤال المطلوب حله (هـ) الأسباب الحقيقية والقانونية أو قواعد العدالة للحكم إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على التحلل من هذه المتطلبات (و) الحكم أو القرار فى الموضوع (ز) المبلغ ومن يتحمل التكاليف [٢٢] .

والشكل قد يكون مطلوباً وفقاً لما اتفق عليه الطرفان إذا كان الاتفاق قد نص على اتباع قواعد مركز تحكيم معين كما هو الحال بالنسبة لقواعد الأنسترال التى تتطلب أن يتضمن حكم التحكيم ما يلى:

١ – أن يكون الحكم مكتوباً .

٢ – تسبيب الحكم بتوضيح الأسباب التى استند إليها المحكم أو المحكمون فى الحكم .

٣ – يجب أن يكون الحكم موقعاً من قبل المحكمين وأن ينص فيه على التاريخ والمكان الذى صدر فيه .

٤ – فى حالة ما إذا صدر الحكم عن هيئة تحكيم مكونة من عدة أشخاص وصدر الحكم بالأغلبية فعلى المحكم الذى امتنع عن توقيع الحكم أن يوضح أسباب امتناعه عن التوقيع [٢٣] .

ونحن نرى أن يتم إضافة الآتى :

١ - النص على أسماء المحكمين .

٢ - طريقة تعيين المحكمين .

٣ - أسماء المحامين الممثلين للأطراف والذين شاركوا فى الدفاع عنهم .

٤ - موجز عن عملية التحكيم وكيف تمت وأين تمت المناقشات .

٥ - موجز عن الحقائق والوقائع كما وجدها المحكمون .

٦ - قرار المحكمين تفصيلاً فى كل نقطة من النقاط المعروضة عليهم وأسباب اتخاذ مثل هذا القرار .

٧ - أى قرار فيما يتعلق بتوزيع التكاليف .

٨ - أن ينص على تاريخ توقيع كل محكم بجانب توقيعه .

وعندما يكون التحكيم عن طريق محكم فرد فسوف يكون موضوع إعداد وصياغة قرار التحكيم سهلاً لأنه لا يصطدم بآراء متعارضة مثلما هو الحال فى التحكيم عن طريق هيئة تحكيم مستقلة . فالمحكم بعد الاستماع إلى الأطراف وما يقدمونه من ادعاء أو دفاع وبعد الاطلاع على الوثائق المساندة لذلك فإنه سوف ينظر فى موضوع النزاع من خلال الحقائق المعروضة عليه والقانون الواجب التطبيق عليها ، ومن ثم يخرج بنتيجة قراره . هذا الحال يختلف عندما يكون التحكيم عن طريق هيئة تحكيم مكونة من أكثر من محكم حيث تعتبر العملية أكثر تعقيداً ، لأن الحكم إما أن يكون بالإجماع وهذا نادراً ما يكون ، أو بأغلبية آراء المحكمين المشاركين (٢٤) .

وفى حالة عدم حصول أغلبية فغرفة التجارة الدولية تنص على أن يقوم رئيس هيئة التحكيم Chairman of the Tribunal بإعداد الحكم بنفسه (٢٥) ، و هذا هو نفس الاتجاه الذى تأخذ به محكمة تحكيم لندن London Court of International Arbitration التى تعرف اختصارا بـ LCIA (٢٦) .

كما نجد أن هيئة التحكيم المكونة من ثلاثة محكمين يمكن أن تحكم بإحدى الطرق التالية :

(أ) الإجماع (ب) الأغلبية (ج) برأى رئيس الهيئة . وفى حالة ما إذا كان هناك أغلبية أو إجماع على بعض المواضيع واختلاف على بعضها فليس من المستحسن تقسيم الحكم إلى أقسام متفق عليها وأقسام مختلف فيها . فعند عدم حصول الإجماع فالحكم يجب أن يكون بالأغلبية ، وفى حالة عدم تحقق الأغلبية فالحكم يجب أن يكون حكم الرئيس إذا كانت قواعد إجراءات التحكيم تسمح بذلك ، وإلا فعلى هيئة التحكيم أن تواصل نظرها فى الموضوع حتى تصل إلى حكم بالأغلبية [٢٧] . والأغلبية تقتضى هنا أن جميع المحكمين يجب أن يشتركوا فى المداولات فإذا اتفقت الأغلبية على رأى معين فإن هذه هى الأغلبية المطلوبة لصدور الحكم [٢٨] .

والمحكم أو هيئة التحكيم دائمًا تعمل جاهدة أثناء القيام بعملية التحكيم على إنجاز المهمة مع الأخذ بعين الاعتبار نصوص قواعد الإجراءات ذات العلاقة ، والقانون الذى يحكم النزاع ، بالإضافة إلى التطبيق الحرفى لقواعد الإجراءات التى تحكم عملية التحكيم . فإذا كان الأمر يتطلب موافقة مركز التحكيم فلابد من الحصول على هذه الموافقة ، وإذا كانت التكاليف أو مصروفات التحكيم يلزم النص عليها فى الحكم مثلا فلا بد من قيامه بالنص على ذلك ... إلخ [٢٩] .

أما من ناحية الكتابة الفعلية للحكم الذى توصلت إليه هيئة التحكيم أو المحكم فهى من المهام الصعبة التى يقوم المحكم بها لأنه فى تحكيم منازعات العقود التجارية عادة ما يكون المحكم ملزمًا بإعطاء أسباب لحكمه إلا فى حالة ما إذا كان الأطراف قد اتفقوا على عدم طلب مثل هذا التسبيب . ولكن غالبًا ما يعمد المحكمون إلى اتباع طريقة المحاكم فى تسبيب أحكامهم لأن السبب الذى يعطيه المحكم لاتخاذ قرار التحكيم يعتبر مهمًا جداً ، نظراً لأن صحة الحكم أو بطلانه تتوقف على مدى صحة التسبيب ومنطقيته .

وعلى المحكم عند كتابة الحكم أن يضع فى اعتباره أن حكمه قد يتعرض للطعن فيه من قبل الطرف الخاسر عند المطالبة بتنفيذه مما يعنى أن المحكمة المختصة سوف تنظره . وهذا يوجب على المحكم أن يكتب حكمه بطريقة منطقية آخذًا فى الاعتبار العناصر الرئيسية التى قدمها الأطراف ، والقانون القابل للتطبيق على موضوع النزاع وقواعد الإجراءات التى يجب اتباعها وأسباب حكمه ، حتى تنتفى الحاجة لنظر الحكم

من قبل المحكمة المختصة بذلك [٣٠] . كما يجب على المُحكم أن يبين أسباب حكمه وذلك كما يلى :

١ - أن يبين وجهة نظره فى وثائق الإثبات المقدمة له ، التى نظرها وتفحصها وفيما إذا كانت تدعم وجهة نظر هذا الطرف أو ذلك، أو أنها غير ذات موضوع بالنسبة للنزاع مع تسبيب ذلك .

٢ - ليس كافيًا أن يضع المحكم النتيجة فقط بل عليه أن يبين الأساس الذى استند عليه حتى توصل إلى مثل هذه النتيجة .

٣ - أيضًا قلة من قواعد مراكز التحكيم الدولية تبين للمحكم ما عليه اتباعه والقيام به لإضاءة الطريق أمامه . مثلا ؛ قواعد الأنسترال تطلب من المحكم أن يحكم فى النزاع وفقًا للقانون الذى اختاره الأطراف ، وفى حالة عدم اختيارهم لقانون معين على المحكم أن يحكم فيه وفقًا «للقانون الذى تحدده قواعد التنازع التى تعتبر مطبقة على هذا الموضوع ...» [٣١] .

وفى حالة ما إذا سمح الأطراف للمحكم فيمكن أن يطبق فكرة العدالة Equity أو المساواة Fairness إذا كان محكما مصلحًا Amiable Compositeur على موضوع النزاع . بالإضافة إلى القانون القابل للتطبيق على الموضوع وذلك لإعطاء المحكم بعض الحرية لتحاشى بعض قواعد القانون التى يمكن أن تؤدى إلى نتيجة قاسية [٣٢] . وقواعد الأنسترال هذه تقضى أيضًا بأنه «... فى كل الحالات هيئة التحكيم يجب أن تحكم وفقًا لنصوص العقد وأن تأخذ بعين الإعتبار ماجرى عليه العرف التجارى القابل للتطبيق على موضوع العقد ...» [٣٣] . ومحتوى الحكم مثله مثل شكله قد يكون محدداً بموجب اتفاق الأطراف أو القانون الذى يحكم عملية التحكيم . فعادة تنص اتفاقية التحكيم على أن الحكم يجب أن يكون نهائيًا وملزمًا للأطراف . كما يجب أن يعالج كافة المواضيع المحالة إلى التحكيم ، و التى لم يسبق أن تم نظرها وإصدار حكم مؤقت فيها .

كذلك اتفاقية التحكيم يمكن أيضًا أن تنص على أن الحكم يجب أن يتضمن النص على من هو الطرف الذى يجب أن يتحمل تكاليف التحكيم والمصاريف [٣٤] ، و نسبة

الفوائد والأسباب التى اعتمدت عليها هيئة التحكيم فى حكمها [٣٥] ، مالم يكن هناك سبب يدعو إلى عدم ذكرها .

وكتابة الحكم عادة ما تتضمن سرداً للوقائع والحقائق المتعلقة بموضوع النزاع مثل التعريف بالأطراف المتنازعة واتفاقية التحكيم بين الأطراف أو الوثائق والعقد الذى يتضمن شرط التحكيم. كما تتضمن أيضًا وصفًا مختصراً للنزاع القائم بين الأطراف، بالإضافة إلى الطريقة التى تم بها إنشاء هيئة التحكيم بينهم ، والقواعد الإجرائية التى تمت بموجبها عملية التحكيم، ومركز التحكيم الذى تم اختياره لإدارة عملية التحكيم، بالإضافة إلى تسبيب الحكم الذى توصل إليه المحكمون مالم يتفق الأطراف على غير ذلك .

كذلك يجب أن يصدر الحكم فى الوقت المحدد له سواء كانت هذه المدة محددة من قبل الأطراف أو محددة بموجب قواعد الإجراءات التى اختارها الأطراف لحكم النزاع بينهم لأنه عند انتهاء المدة تنتهى سلطة المحكم أو هيئة التحكيم بنهايتها [٣٦] . وليس للهيئة بعد انتهاء هذه المدة سلطة نظر النزاع لزوال اختصاصهم وسلطتهم فى اتخاذ قرار ملزم فى النزاع .

ومثل هذا التحديد للمدة قد يكون مفروضًا بموجب قواعد الإجراءات للمركز التحكيمى الذى جرت وفقًا لقواعده وبناء عليها عملية التحكيم ، أو بموجب قانون المكان الذى تجرى فيه عملية التحكيم.

وقواعد غرفة التجارة الدولية مرنة حيث يمكن بناء على طلب هيئة التحكيم ، أو بمبادرة من محكمة التحكيم فى الغرفة ، أن تقوم بتمديد المدة دون موافقة الأطراف [٣٧] ، بعكس بعض قواعد الإجراءات الأخرى [٣٨] . كذلك بالنسبة للقانون الداخلى فى كثير من الدول قد يتطلب ألا يكون الحكم غامضًا وغير مقنع [٣٩] .

وأخيرًا يجب أن يكون الحكم نهائيًا باتًا ومنهيًا للنزاع بين الأطراف المعروض على الهيئة الحكم فيه ، كما أن الحكم يجب أن يتضمن تفصيلاً من هو الذى يجب عليه التنفيذ من قبل الأطراف وأن يقتصر على المواضيع التى اتفق الأطراف على عرضها على الهيئة لنظرها وإصدار حكم فيها .

ويمكننا هنا أن نلخص بإيجاز ما يجب أن يتضمنه الحكم فى صياغته النهائية، ونموذجًا للصياغة التى يفترض أن يكون الحكم فى شكله ومحتواه مطابقًا لها وذلك كما يلى :

النقاط الأساسية التى يجب أن يتضمنها.حكم المحكم

١ - التاريخ وأسماء المحكمين .

٢- طريقة تعيين المحكمين.

٣ - مكان التحكيم .

٤ - اتفاقية التحكيم وأسماء أطراف النزاع .

٥ - قواعد الإجراءات التى تم اتباعها فى سير عملية التحكيم .

٦ - نبذة مختصرة عن الوقائع وموضوع النزاع الذى يجب إنهاؤه. كذلك توضيح وشرح لكيفية وصول القضية إلى المحكمين .

٧ - إعطاء تسبيب للقرار الذى تم اتخاذه .

٨ - ختم الحكم بعبارة آمرة فى مصلحة الطرف الفائز بالحكم واقتراح مايجب على الطرف الخاسر فعله من دفع غرامة أو إنهاء للعمل ... إلخ .

٩ - توقيع المحكمين وتاريخ التوقيع .

نموذج لصيغة الحكم الذى يصدره المحكم

نحن الموقعون أدناه :

١ - اسم المحكم المعين من قبل المدعى

٢ - اسم المحكم المعين من قبل المدعى عليه

٣ - اسم رئيس هيئة التحكيم

- بموجب شرط التحكيم فى العقد [أو بموجب اتفاق التحكيم الموقع بين الطرفين] الموقع بين كل من ....[الطرف الأول] و.....................[الطرف

الثانى] والمؤرخ فى.../.../.... هـ الموافق .../.../... م تم اتفاقنا على تعيين محكم ثالث كرئيس هيئة التحكيم وفقًا لنظام التحكيم أو قواعد الإجراءات فى .... قررنا مايلى:

١ - لقد قمنا بدراسة وثائق الموضوع وسماع الأطراف المتنازعة وتم تحديد موضوع النزاع بين .... و .... كما ذكر فى الادعاء المقدم لهيئة التحكيم .· وحيث قد تم نظر النزاع وفقا لقانون ...... حسب اتفاق الأطراف فى المادة.... من العقد المبرم بينهما والمرفق صورة منه [أو حسب مبادئ العدالة والعرف الجارى فى طبيعة التجارة - إذا لم يكن هناك إشارة إلى قانون وكان الأطراف قد رضوا بنظر النزاع وفقًا لقواعد العدالة والعرف الجارى] . وقد تمت دراسة الموضوع وفق ما تسمح به قدراتنا والحد الأعلى لها ووفقًا لشروط واتفاق الأطراف .

٢ - فى يوم ...... الموافق .../.../... هـ قمنا بإشعار الأطراف المتنازعة بالحضور لجلسة الاستماع والمناقشة فى الساعة.......(صباحًا/مساء) فى مقر اجتماع هيئة التحكيم المتفق عليه فى مدينة ...... فى دولة....... ووفقًا لذلك قد تم حضور كامل أعضاء الهيئة والأطراف فى الموعد والمكان المحددين وجرى البدء فى سماع الادعاء والادعاء المضاد ووسائل الإثبات لكل الأطراف وقد تم قفل جلسات الاجتماع ومحضر الجلسات فى الساعة..... من يوم..... الموافق .../.../... هـ

٣ - بعد سماع كافة الإثباتات ووسائل الدفاع والمناقشات المقدمة من.......بالنيابة عن........ ومن ..... بالنيابة عن ..... وبعد فحص كافة ما تم تقديمه وتم تحديد سبب النزاع المثار والمنصوص عليه فى اتفاقية التحكيم الموقعة بين الأطراف وبعد وزن وتقويم كافة الإثباتات وجدنا أنه وفقًا للقانون والإثباتات المقدمة مايلى :

١ - أن العقد بين المدعى....... والمدعى عليه............ ينص فى المادة (   ) على :

٢ - أن المدعى عليه ، بموجب شهادته المثبتة فى محضر الجلسات، أو بموجب ماقدمه من وثائق لم يقدم ما يثبت أنه قام بتنفيذ التزامه....... (أو أن المدعى عليه أثبت بموجب ماقدمه من وثائق أنه قام بتنفيذ التزامه) وبناء عليه نرى الحكم بما يلى :

(............ « ويتم سرد الحكم الذى توصل المحكمون له » ....)

المبحث الثاني
تنفيذ حكم المحكم

على هيئة التحكيم أو المحكم الفرد أن يعمل كل ما فى وسعه لكى يصدر حكمًا صحيحًا متفقًا مع الإجراءات والقواعد القانونية المقررة وأن يكون قابلاً للتنفيذ . كل هذا قد يفرضه القانون الداخلى للدولة التى يراد تنفيذ الحكم فيها ، لأن عملية التحكيم التجارى الدولى تعتمد على النظام الداخلى فى عملية الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولى ، أو قد تفرضه قواعد الإجراءات فى مركز التحكيم الذى تمت عملية التحكيم وفقًا لها . فقواعد غرفة التجارة الدولية مثلاً تنص على أن على المحكم أن «يعمل كل جهده للتأكد من أن حكم التحكيم قابل للتنفيذ قانونًا» [٤٠] . وسواء كان ذلك مفروضًا قانونًا أم لا فعلى المحكم أن يعمل ، بحكم قواعد المهنة ، أن يكون حكمه قابلاً للتنفيذ عليه حيث إنه تم استئمانه على القيام بإنهاء النزاع بين الأطراف ، فمن الطبيعى أن يكون متأكداً من أن مهمته تم إنجازها بكل جدارة ، لأن حكمه قد يتعرض للتحدى من قبل الطرف الخاسر أمام المحكمة التى يتم التحكيم فى دائرة اختصاصها ، أو أن يتم رفض تنفيذ الحكم والاعتراف به من قبل المحكمة المختصة فى المكان الذى تم طلب التنفيذ فيه ، وعليه يجب التأكد من صحة الحكم من ناحية الشكل والمحتوى .

وبعد صدور الحكم تنص بعض قواعد الإجراءات فى مراكز التحكيم الدولية على وجوب إشعار الأطراف بالحكم المتخذ فى الموضوع ، كما هو الحال بالنسبة لقواعد الأنسترال [٤١] . أما فى قواعد غرفة التجارة الدولية فسكرتارية التجكيم فى الغرفة تتولى إشعار الأطراف بالحكم شريطة أن تكون كامل التكاليف قد دفعت [٤٢] .

أما بالنسبة لسلطة المحكم أو هيئة التحكيم فهى محدودة بإصدار حكم فى النزاع كما أنها لاترقى إلى إلزام الأطراف بتنفيذه ، لأن ذلك من اختصاص المحكمة المختصة فى الدولة التى يرغب الطرف المَحكُوم له فى تنفيذ الحكم فيها . كما أنه ليس من مهمة المحكم أو مركز التحكيم الذى انعقد التحكيم تحت لوائه أن يضمن تنفيذ الحكم أو الاعتراف به لأن هذا موضوع من اختصاص المحكمة فى الدولة التى سوف ينفذ فيها

الحكم ، وكثيراً ما يكون الأمر منظماً من قبل القانون فى الدولة التى يُراد تنفيذ الحكم فيها .

وتنفيذ الحكم يختلف عن الاعتراف به . فتنفيذه يتطلب من المحكمة الأمر بتنفيذه ، أى وضع الصيغة التنفيذية عليه ليأخذ حجية الحكم القضائى ، وليس فقط الاعتراف به وبقوته القانونية . كما أن هناك فرقاً بين تنفيذ الحكم الصادر فى الدولة التى طلب التنفيذ فيها ، أى التى جرت فيها عملية التحكيم ، وبين تنفيذ الحكم الذى صدر فى دولة أجنبية غير الدولة التى يرغب الطرف الفائز بالحكم أن ينفذ الحكم فيها .

والأمر بالتنفيذ شرط ضرورى لتنفيذ الحكم ولكن ليس ضرورياً للتنفيذ الفورى ، كما أنه لايقصد من الأمر بالتنفيذ أن القاضى قد تحقق من عدالة حكم المحكم ولكن «... للتثبت من أن هناك مشارطة أو شرط تحكيم بصدد نزاع معين ، وأن هذا النزاع هو الذى طرح بالفعل على المحكم وفصل فيه فى مواجهة من اتفق على التحكيم ، وأن المحكم لم يخرج عن المشارطة ...» (٤٣) .

ولاشك فى أن الطرف الفائز بالتحكيم سوف يعمل جاهداً على الاعتراف بحكم المحكم والتنفيذ عليه ، كما أن الطرف الخاسر بالمثل سوف يعمل جاهداً على تحديه لأى سبب من الأسباب سواء بقصد تعديل حكم المحكم أو إلغائه كاملاً . ففى كثير من الأحيان يحاول الطرف الخاسر أن يجد أساساً قانونياً لتعديل أو إلغاء حكم المحكم الذى ليس فى صالحه . ومن أمثلة هذا اللجوء إلى الاستثناء المنصوص عليه فى اتفاقية نيويورك ، وهو الحق فى طلب الإلغاء عندما يجد منفذا لذلك كمناقضة المصلحة العامةPublic Interest المنصوص عليها فى الاتفاقية (٤٤) .

ولكن هذا الأساس فى كثير من الأحيان لايعتبر عائقًا حقيقياً ضد تنفيذ حكم المحكم ، خاصة وأن المحكمة عندما تنظر فى الحكم وتفحصه ، تنظر إلى موضوع الإجراءات وما إذا كانت سليمة وموضوع التحكيم لبعض المواضيع . فإذا كان التحكيم وفقًا لإجراءات مراكز تحكيم عالمية معينة ؛ مثل غرفة التجارة الدولية أو اتحاد المحكمين الأمريكى أو قواعد الأنسترال فإن المحكمة المختصة سوف تفسر المصلحة العامة فى أضيق نطاق لها (٤٥) .

وتنفيذ حكم المحكم الداخلى يختلف عن طلب الاعتراف وتنفيذ الحكم الصادر فى دولة

أخرى . ويجب أن نفرق هنا بين الاعتراف بحكم المحكم وبين طلب تنفيذه : فالاعتراف بحكم المحكم وإن كان متلازمًا مع التنفيذ إلى حد بعيد عندما يكون الحكم صادرًا فى دولة أجنبية ، إلا أنه يعنى إقرار القضاء المختص الداخلى بصحة ما صدر فى الموضوع من قبل المحكم فى أى نزاع معروض على المحكمة . وذلك كدفاع من الطرف الذى يطلب الاعتراف به والذى يعتبر طرفًا مدعى عليه فى النزاع المعروض على المحكمة . فمثلا عندما يكون هناك عقد استيراد بضائع من قبل تاجر فى دولة (أ) من شركة مصدرة أو منتجة فى دولة (ب) ، فإذا شحنت الشركة البضاعة ولكن لم تتسلم الثمن أو كانت البضاعة معيبة ورفعت قضية أمام هيئة التحكيم تطالب الشركة فيها بالثمن كاملاً وصدر حكم المحكم الذى يقضى بغير ذلك ، فقد تتقدم الشركة نفسها للمحكمة المختصة بطلب الثمن كاملاً ويتقدم المستورد إلى المحكمة مدافعًا بأن الموضوع قد صدر فيه حكم تحكيم لصالحه . فى هذه الحالة يجب على المحكمة أن تقرر ما إذا كانت مستعدة للاعتراف بحكم المحكم وترفض الدعوى أمامها على أساس أنه قد انتهى بحكم المحكم دون أن تسبغ عليه الصبغة التنفيذية .

وموضوع تنفيذ الحكم شىء آخر يتطلب أن يتقدم بطلبه إلى المحكمة الشخص الذى يرغب فى تنفيذه لإضفاء صفة القابلية للتنفيذ عليه وفقًا للنظام أو القانون . وغالبا ما يكون مكان الاعتراف بحكم المحكم وتنفيذه فى خارج البلد الذى جرت فيه عملية التحكيم لأن عملية التحكيم تنتهى بصدور الحكم والتوقيع عليه من قبل المحكمين أو فى بعض الأنظمة تسجيله لدى جهة معينة .

والتنفيذ يكون بإصدار أمر بتنفيذ الحكم ضد الطرف الخاسر حيث قد يأخذ صورة الحجز على أموال الطرف الخاسر للدعوى ، فإن كانت شركة يأمر قاضى التنفيذ بحجز أملاكها وحسابها لدى البنك ، أو الحجز على أسهمها المتداولة فى سوق الأسهم إلى غير ذلك من صور التنفيذ الجبرى .

والدولة ليست مستعدة دائمًا لمنح المحكم أو هيئة التحكيم هذه السلطة التى لمحاكمها مثل سلطة الحجز على أموال الطرف المحكوم عليه لأنها من السلطات التى من غير المحتمل التفريط فيها لسلطة خارجية . لذلك فإن تنفيذ حكم المحكم يجب أن يأخذ طريقًا آخر وهو التنفيذ من خلال الجهة المختصة أصلاً بالفصل فى المنازعات ،

وهى المحكمة المختصة فى المكان المراد تنفيذ الحكم فيه ، وفقًا للإجراءات القانونية المعمول بها فى الدولة والتنظيم اللائحى للمحكمة ذاتها والذى يختلف من دولة إلى أخرى .

ولكن فى الغالب ما يكون التنفيذ عن طريق التقدم إلى المحكمة المختصة مرفقا به النسخة الأصلية للحكم أو صورة مصدقة له ، مع إتفاقية التحكيم ، أو العقد المتضمن لشرط التحكيم . وفى حالة إختلاف اللغة يرفق بالحكم ترجمة رسمية معتمدة ، بالاضافة إلى ترجمة رسمية معتمدة لكل الوثائق المرفقة به ، وأن يكون ذلك فى حدود الوقت المحدد إن كان فى النظام القانونى والدولة المطلوب فيها التنفيذ مدة محددة من تاريخ صدور الحكم (٤٦) .

وأغلب التشريعات فى العالم متشابهة فيما يتعلق بالإجراءات والقواعد الخاصة بأحكام المحكمين ، التى تختلف عما هو معمول به فى الأحكام القضائية ، ففى بعض الدول يجب أن يتم تسجيل الحكم وإيداعه المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أو فى مقر التحكيم فى ميعاد محدد بزمن معين (٤٧) . ويمكن للأطراف أن يتفقوا على الإعفاء من ذلك وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية (٤٨) .

أيضًا أنظمة كثير من الدول تتطلب أن يصدر بتنفيذ الحكم أمر من القاضى المختص أصلاً بنظر النزاع (٤٩) . لذلك فالطرف الفائز بعملية التحكيم يعمل فى كثير من الأحيان على البحث عن المكان الملائم له لتنفيذ الحكم فيه خاصة فى المكان الذى توجد فيه أملاك للطرف الخاسر للحكم ، لأنه من غير العملى أن يطلب التنفيذ على الحكم فى دولة ليس فيها أملاك للطرف الخاسر ، لأن التحكيم دائمًا يجرى فى دولة محايدة قد لايكون فيها أملاك لأى من أطراف التحكيم ، كما يبحث عن المكان الذى تكون فيه الدولة موقعة على اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب وذلك لتسهيل عملية التنفيذ على النطاق الدولى .

المبحث الثالث

اتفاقية نيويورك والاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها

هناك العديد من المؤتمرات الدولية التى عقدت خصوصًا للبحث فى الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها والتى تعتبر أساسًا لما تم فى اتفاقية نيويورك . ففى عام ١٩٢٣م هناك بروتوكول جنيف وبعده مؤتمر جنيف لعام ١٩٢٧م . وهى ذات أهمية كبيرة ، على الرغم من أن اتفاقية نيويورك حلت محلها ، لأنها تعتبر الخطوات الأولى فى طريق تسهيل مهمة التقاضى فى منازعات التجارة الدولية عن طريق الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية دوليًا . وبما أن هذه المؤتمرات جميعها عقدت تحت لواء عصبة الأمم المتحدة League of Nations السابقة لهيئة الأمم المتحدة ، فقد حافظت اتفاقية نيويورك على كثير من نصوصها لأهميتها .

وبروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣م يحقق هدفين :

الأول : جعل اتفاقية التحكيم وخاصة شرط التحكيم فى العقد قابلاً للتنفيذ دوليًا .

الثانى : عمل على تأكيد أن حكم التحكيم الذى يصدر بناء ووفقًا لاتفاقية تحكيم يمكن تنفيذه فى إقليم الدولة التى صدر فيها . ويتضح من هذا أن الهدف من البروتوكول كان دعم التحكيم التجارى الدولى منذ البداية حتى نهاية عملية التحكيم .

كذلك مؤتمر جنيف لعام ١٩٢٧م كان يهدف إلى الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم فى الدول المتعاقدة وفقًا لاتفاقية التحكيم المشمولة ببروتوكول ١٩٢٣م .

هذا وعلى الرغم من أن البروتوكول عمل على تنفيذ الحكم فى الدولة الصادر فيها الحكم ، فمؤتمر ١٩٢٧م ذهب إلى أبعد من ذلك حيث نص على أن حكم المحكم يمكن أن يتم الإعتراف به كحكم ملزم وينفذ فى إقليم أى دولة متعاقدة بشروط محددة (٥٠) .

وقد بدأت الفكرة لاجتماع نيويورك باقتراح مقدم من غرفة التجارة الدولية عام ١٩٥٣م بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية ، نتيجة لصعوبة ومحدودية تنفيذ مؤتمر وبروتوكول جنيف . وقد قدمت غرفة التجارة الدولية صيغة لمعاهدة تحكم موضوع

التحكيم التجارى الدولى ، وتم أخذ هذا الاقتراح و تبنيه من قبل المجلس الاقتصادى والاجتماعى ، ECOSOC فى هيئة الأمم المتحدة ، ومن ثم تم تبنيه فى اجتماع نيويورك فى عام ١٩٥٨م .

وتعد اتفاقية نيويورك أهم معاهدة تتعلق بموضوع التحكيم التجارى الدولى وقد حلت محل مؤتمر وبروتكول جنيف بين الدول الأعضاء فيها ، وأعطت تأثيراً أكبر منها فيما يتعلق بالاعتراف بصحة اتفاقية التحكيم ؛ مثلاً المادة (٢) الفقرة (٣) تطلب من المحاكم فى الدول المتعاقدة رفض النظر فى النزاع الذى يكون خاضعًا للتحكيم فى حالة ما إذا تم طلب ذلك من قبل أطراف اتفاقية التحكيم .

أيضًا تنظر اتفاقية نيويورك فى موضوع الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة فى الدول المتعاقدة حيث نصت فى مادتها الأولى صراحة على الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الصادر فى دولة متعاقدة [٥١] ، مع إعطاء الدول المتعاقدة حق استثناء بعض المواضيع الحساسة لها [٥٢] ، وهو الهدف المبدئى لاجتماع نيويورك خاصة وأن أغلب الدول التجارية العالمية موقِّعَة أو مُنضَمَّة إليه .

والدول الموقعة على اتفاقية نيويورك ملزمة بتنفيذ حكم المحكم الأجنبى والاعتراف به . مثل هذا الاعتراف بالحكم يمكن أن يكون قبوله كدفاع فى قضية مرفوعة فى نفس الموضوع أمام محاكم الدولة الموقعة عليه ، كذلك على الدولة ، عند طلب ذلك منها واتباع الإجراءات المقررة فى ذلك ، أن تنفذ الحكم الصادر فى دولة أخرى متعاقدة ، والتى تطبق عليها الاتفاقية [٥٣] ، كما أنه لايسمح بإعادة النظر فى الحكم فيما ينطبق عليها [٥٤] .

أيضًا تعالج اتفاقية نيويورك موضوع الاعتراف باتفاقية التحكيم بين الأطراف وتنفيذها [٥٥] ، إلى غير ذلك من الأمور التى تهم موضوع التحكيم التجارى الدولى الذى جعل من اتفاقية نيويورك أداة فعالة فى سبيل تعميم العمل بنظام التحكيم التجارى الدولى بين الدول المنضمة إليه ، وذلك لتسهيل عملية انسياب التجارة الدولية ، وما يؤدى إليه من زيادة فى التبادل التجارى الدولى وما يستتبع ذلك من تقدم فى كافة المجالات .

الهوامش

(١) انظر قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) مادة (١٥) .

(٢) William J. Fox, op. cit., p. 272.

(٣) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختيارى والإجبارى ، مرجع سابق ، ص (٢٥٩) .

(٤) اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (١٩٥٨م) ، مادة (١) فقرة (٢) .

(٥) Van Mehrem : The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and States Law, Vol. 9, the Yale Journal of World Public Order, No. 2. p. 362, (1985).

(٦) قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) UNCETRAL RULES ، مادة (٢١) فقرة (١) المادة (٢٦) .

(٧) قواعد التحكيم فى المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار مادة (٤١) .

(٨) Robert F. Cushman, Esquire, G. Christian Hedemenn, Esquire; Avram S. Tucker, C.P.A, Editors, op. cit., p. 94-95.

(٩) قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) UNCETRAL RULES ، مادة (٣٢) فقرة (١) .

(١٠) قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC RULES ، مادة (٢١) .

(١١) قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) UNCETRAL RULES ، مادة (٢١) .

(١٢) Alan Redfern & Martin Hunter, op. cit., p. 292.

(١٣) قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC RULES ، مادة (٢١) .

(١٤) قواعد التحكيم فى محكمة تحكيم لندن ICIA .

(١٥) قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) UNCETRAL RULES ، مادة (٣٥) .

(١٦) المرجع السابق ، مادة (٣٦) .

(١٧) قواعد تحكيم المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار ، مادة (٥١) الفقرات (١ ، ٢ ، ٣) .

(١٨) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختيارى والإجبارى ، مرجع سابق ، ص ص (٢٧٨-٢٧٩) .

(١٩) اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، مادة (٤) فقرة (٢) .

(٢٠) David Elliott : When the Hearing Is Over : Writing Arbitral Awards in Plain Languages, Vol. 46, Arbitration Journal No. 4, p. 53-62, 54, (1991) .

(٢١) David Elliott, op. cit., p. 56-57.

(٢٢) Alan Redfern & Martin Hunter, op. cit., p. 292 .

(٢٣) قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) UNCETRAL RULES ، مادة (٣٢) .

(٢٤) المرجع السابق ، مادة (٣١) . وانظر أيضًا المادة (٤٨) فقرة (١) من قواعد التحكيم للمركز الدولى لضمان الاستثمار .

(٢٥) قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC RULES مادة (١٩) .

(٢٦) قواعد تحكيم محكمة لندن LCIA مادة (١٦) فقرة (٣) .

(٢٧) Alan Redfern & Martin Hunter, op. cit., p. 279.

(٢٨) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختيارى والإجبارى ، مرجع سابق ، ص (٢٦٣) .

(٢٩) Alan Redfern & Martin Hunter, op. cit., p. 279.

– د. أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص (٢٦٥) .

(٣٠) د. أحمد أبو الوفا ، مرجع سابق ، ص (٢٦٦) .

(٣١) قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) UNCETRAL RULES ، مادة (٣٢) فقرة (١) .

(٣٢) د. أحمد أبو الوفا ، مرج سابق ، ص (٢٦٧) .

(٣٣) قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) UNCETRAL RULES ، مادة (٣٢) فقرة (٢) .

(٣٤) المرجع السابق ، مادة (٣٨) ، وانظر أيضًا قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC RULES مادة (٢٠) .

(٣٥) المرجع السابق ، مادة (٣٢) فقرة (٣) .

(٣٦) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختيارى والإجبارى ، مرجع سابق ، ص ص (١٩٨-٢٠٢) .

(٣٧) قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC RULES مادة (١٨) حيث تنص على أن المهلة التى يجب على المحكم إصدار الحكم خلالها تتحدد بستة أشهر ... إلخ .

(٣٨) مثلاً ؛ قواعد اتحاد المحكمين الأمريكى AAA لا تسمح بمثل هذا التمديد إلا بموافقة الأطراف المتنازعة ، انظر مادة (٣٩) .

(٣٩) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم فى البلاد العربية ، مرجع سابق ، ص (٦٦) ، انظر أيضًا المادة (١٧) من نظام التحكيم السعودى .

(٤٠) قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC RULES مادة (٢٦) .

(٤١) قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) UNCETRAL RULES ، مادة (٣٢) فقرة (٦) .

(٤٢) قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC RULES مادة (٢٣) فقرة (١) .

(٤٣) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختيارى والإجبارى ، مرجع سابق ، ص (٢٩٣) .

(٤٤) اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، المادة (٥) ، فقرة (٧) .

(٤٥) الولايات المتحدة الأمريكية إحدى الدول المنضمة إلى اتفاقية نيويورك ، انظر :

- Aksen : American Arbitration Accession Arrives in the Age of Aquarius : United States Implements United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 3, S. W. L. R. (1,1971) ، وأمريكا تعتبر من أشد الدول تأكيداً على استثناء أى موضوع من القضاء الأجنبى استناداً إلى مبدأ المصلحة العامة Public policy إلا أنها بعد الانضمام إلى مؤتمر نيويورك عملت على احترام نصوصه وقد أكدت ذلك المحكمة العليا الأمريكية فى قضية Mitsubishi V. Solar, 473, U.S. 614 (1985) ، وذلك تأكيداً لوجود الاعتراف وتنفيذ الحكم واعتبار أن مشاركة أمريكا علامة على أن المنازعات التجارية الدولية والتحكيم فيها قد أعطى معاملة خاصة وأن المصلحة العامة Public Policy لا تتأثر باللجوء إلى التحكيم .

- Barry : Application of the Policy Exception to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under the New York Convention : a Modest Proposal, Vol. 51, Temple Law Quarterly, p. 832, (1978).

(٤٦) Alan Redfern & Martin Hunter, op. cit., p. 40.

(٤٧) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم فى البلاد العربية ، مرجع سابق ، ص (٧١) .

(٤٨) قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ، مادة (٣٥) .

(٤٩) فى المملكة العربية السعودية يتطلب نظام التحكيم أن يصدر بذلك أمر من الجهة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع ، مادة (٢٠) .

(٥٠) Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards. Signed at Geneva, 26 September 1927, League of Nations Treaties Series (1929-30), Vol. X C II, p. 302.

- Alan Redfern & Martin Hunter, op. cit., p. 341-342.

(٥١) اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، مادة (١) .

(٥٢) المرجع السابق ، مادة (١) فقرة (٣) .

(٥٣) المرجع السابق ، مادة (٣) .

(٥٤) المرجع السابق ، مادة (٥) .

(٥٥) المرجع السابق ، مادة (٢) فقرة (١-٢) .

الخاتمة

تعتبر العقود التجارية الدولية من الركائز الرئيسية لتسيير عجلة الاقتصاد الدولى فى الوقت الحاضر . وقد ازدادت هذه العقود وتنوعت بازدياد حركة التجارة بين الدول على اختلاف أنظمتها القانونية والسياسية . وهذا الازدياد فى حركة التجارة الدولية ناتج عن التحرر والانفتاح السياسى الذى يعتبر أساسًا لتحرر التجارة الدولية من القيود . وتعتبر اتفاقية (الجات) وما نتج عنها من قيام منظمة التجارة العالمية دليلا على تحرير التجارة من القيود والعوائق المصطنعة التى حدت من اتساعها . وبما أن العقود التجارية الدولية تعتبر من الركائز الأساسية لنمو العلاقات والتبادل التجارى الدولى فقد رأينا الكتابة حول الموضوع من زاوية التعريف بها والطرق المثلى لصياغتها . ولا شك فى أن الخطوة الأولى والأهم التى يجب على رجل الأعمال أو الرئيس التنفيذى فى إحدى الشركات أو المؤسسات العامة أو الخاصة اتخاذها ، عندما يريد الدخول فى تعامل تجارى دولى ، هو التوصل إلى اتفاق على عقد يرضى كل الأطراف ويكون قابلاً للتنفيذ كما تمت صياغته والاتفاق عليه . من ذلك بدأت الفكرة لدينا للكتابة حول الموضوع وتنظيم هذا المؤلف بطريقة تعطى القارئ المعلومات الأولية قبل أن يبتدئ التعاقد . فالتعريف بالعقود والتعاملات التجارية وأنواعها على الساحة الدولية شيء ضرورى وهذا ما قمنا به فى الباب الأول باختصار غير مخل ، وتركنا للقارئ حرية البحث من خلال تزويده بالمصادر الرئيسية التى يمكن الاعتماد عليها إذا رغب فى الاستزادة حول موضوع معين من المواضيع التى تمت مناقشتها .

أما فى الباب الثانى فقد أوضحنا فى الفصل الأول منه القوة القانونية لخطابات النية واللغة العقدية التى يمكن أن يتنبه لها المتعاقد عند صياغته لخطاب النية لتحاشى الهفوات التى قد يقع فيها من خلال صياغة مثل هذه الخطابات . كما أوضحنا فى الفصل الثانى ما يرشد رجل الأعمال أو المحامى الذى ليس لديه معرفة بالطرق والأساليب التفاوضية وما يجب عمله أو تحاشيه خلال عملية التفاوض على العقد .

هذا وبما أن العقد وثيقة قانونية ذات أهمية كبيرة فقد وجدنا أن الحاجة ملحة لمعرفة كيفية انعقاد العقد على المستوى الدولى وهو ما شرحناه باختصار شديد فى

الباب الثالث . أما فى البابين الرابع والخامس فقد تحدثنا عن الطريقة المثلى لصياغة العقود التجارية الدولية ، واقتراحات لبعض النصوص التعاقدية التى يمكن الاهتداء بها عند الصياغة .

وبما أن الكثير من العقود التجارية الدولية لا تكون أثمانها والأسعار المتفق عليها نقدية تدفع مباشرة لمقدم الخدمة و بائع السلعة ، وإنما هذه التعاملات التجارية الدولية تحتاج فى أغلب الأحيان إلى تمويل من قبل طرف ثالث ، مما يعنى ضرورة اللجوء إلى مؤسسة مالية متخصصة فى الإقراض أو بنك معين للحصول على القرض اللازم لتمويل العقد ، فقد كانت الحاجة ضرورية فى البحث عن الصياغة النموذجية للرأى القانونى الذى قد يكون لازماً قبل الحصول على مثل هذا القرض .

وفى الباب السادس رأينا أن فهم الموضوع يتطلب تعريف القارئ بالفكرة العامة التى تحيط بالطرق التى يمكن معها تنفيذ العقود التجارية الدولية ، لأن ذلك شىء ضرورى لابد من معرفته لكل من يرغب فى التعامل على المستوى الدولى ، وما هى مستلزمات التنفيذ وكيفية تحصيل ثمن هذه العقود تنفيذاً للالتزامات المتبادلة بين أطرافها . وذلك لأنه عادة ما يكون الاتصال بين الأطراف المتعاقدة فى العقود التجارية الدولية ، خاصة عقد البيع الدولى للبضائع أو الخدمات ، عن طريق وسائل الاتصال الحديثة . كما قد يكون هذا الاتصال لأول مرة دون معرفة مسبقة بينهم أو توصية من شخص آخر للتعريف بأمانة الأطراف أو ملاءتهم المادية ، التى تعتبر أساساً مهماً فى التعامل التجارى الدولى . حيث قد يتم عن طريق هذا الاتصال بين الأطراف طلب البضاعة أو إرسال المبيع عن طريق وسائل الشحن المختلفة أو الوسيلة المطلوبة للشحن دون وجود عقد مكتوب بين الأطراف .

هذا وقد بحثنا فى الباب السابع الحاجة إلى وجود التأمينات أو الضمانات اللازمة لتنفيذ العقد التجارى الدولى ؛ لما لها من أهمية كبيرة جداً فى العقود التجارية الدولية نظراً لأن كل طرف من أطراف العقد لا يعرف الطرف الآخر بصفة شخصية ، كما قد لا يعرف شيئاً عن ملاءته المالية وأمانته التجارية لذلك نشأت الحاجة إلى استخدام الضمانات فى العقود التجارية الدولية على اختلاف أنواعها . هذه الضمانات فى التعاملات التجارية الدولية تتمثل فى الكفالات والضمانات المصرفية التى تقدمها البنوك

والمؤسسات المصرفية ، وشركات التأمين أو الشركات المتخصصة فى هذا الشأن .

ولا شك فى أن عدم الثقة بين الطرفين فى العقد التجارى الدولى ناشئ من التباعد المكانى وجهل أحدهما بالآخر ، وتنفيذ الالتزام من قبل الطرف المقدم للخدمة أو البضاعة يتطلب ضمان حقه فى الحصول على الثمن أو المقابل المالى لما قدمه من خدمة . والاعتماد المستندى هو أحد هذه الضمانات لأنه يعتبر بمثابة الضمان الحقيقى لوصول الثمن إلى بائع البضاعة المشتراة إلى المشترى فى العقد الدولى لبيع البضائع . وقد استعرضنا فى دراستنا للاعتماد المستندى بإيجاز المبادئ العامة بما يؤدى الغرض الذى نهدف إليه من هذه الدراسة ، وقد أحلنا إلى كثير من الكتب المتخصصة ، وهى كثيرة جداً ، فى الموضوع لمن رغب الاستزادة حول هذا الموضوع وهذا ما بحثناه فى الباب السادس والسابع من هذا المؤلف .

أما فى الباب الأخير من هذا المؤلف فقد بحثنا طرق حل المنازعات التى قد تنشأ عن تنفيذ العقد التجارى الدولى ، عندما يدعى أحد أطرافه بحق فى مواجهة الطرف الآخر ، إما بسبب عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، أو أن التنفيذ كان معيباً لمخالفته للشروط والمواصفات التى تم اتفاق الأطراف عليها مسبقًا ، أو عدم الوفاء بكامل الالتزامات التى يفرضها العقد . ويعتبر اللجوء إلى التحكيم أحد الوسائل المفضلة والمتاحة لتسوية مثل هذه النزاعات وفقًا للقانون الذى حدده الأطراف ليحكم العقد ، أو إن لم يتم اختيار مثل هذا القانون ، حل النزاع والحكم فيه وفقًا لقواعد القانون الدولى أو المبادئ العامة فى القانون كما يراه البعض . هذا الدور الكبير للتحكيم تم اكتسابه من خلال محاسن التحكيم المميزة له والدور البارز الذى يلعبه فى حل المنازعات ، ودوره فى الإبقاء على العلاقة بين أطراف العقد التجارى الدولى مستمرة ، واعتباره نظاما قضائيًا دوليًا منافسًا للقضاء الوطنى فى إنهاء النزاعات بين التجار على اختلاف جنسياتهم والنظم السياسية والقانونية التى ينتمون إليها كما بيناه فى الباب الأخير من هذا المؤلف . ونرجو الله العلى القدير أن يكون فى هذه المحاولة المتواضعة تشجيع لكثير من المستشارين القانونيين وأساتذة الجامعات المتخصصين فى حقل القانون لطرق هذا الموضوع الحيوى والبحث فيه بتعمق بما يفيد رجال الأعمال العرب ومستشاريهم القانونيين . ونسأل الله فى الختام التوفيق والسداد .

قائمة المراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية :

١ - د . أبو زيد رضوان : **الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى** ، دار الفكر العربى ، ١٩٨١م .

٢ - د . أحمد أبو الوفا : **التحكيم فى القوانين العربية** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى (بدون تاريخ) .

٣ - د . أحمد أبو الوفا : **التحكيم الاختيارى و الإجبارى** ، منشأة دار المعارف ، الإسكندرية (١٩٨٨م) .

٤ - أ . د . أحمد عبد الحميد عشوش : **قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة** ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، ١٩٩٠م .

٥ - د . أحمد حسنى : **البيوع البحرية ، دراسة مقارنة لعقود التجارة البحرية الدولية** "سيف وفوب" ، منشأة المعارف ، ١٩٨٣م .

٦ - أحمد حسنى : **النقل الدولى البحرى للبضائع طبقًا لمعاهدة بروكسل لسندات الشحن لسنة ١٩٤٢م** ، كما عدلت ببروتوكول بروكسل ١٩٦٨م ، ومعاهدة هامبورج ١٩٧٨م .

٧ - المستشار أحمد منير فهمى : **دراسة مقارنة للائحة عقود البيع التجارية الدولية الجديدة** (INCOTERMS) لعام ١٩٩٠م .

٨- بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسى : **العُدَّة شرح العُمْدَة** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ -١٩٩٠م .

٩- الأستاذ بهاء هلال دسوقى : **قانون التجارة الدولية الجديد - دراسة تحليلية** ، LEX-MERCATORIA ، القاهرة ، ١٩٩٣م .

١٠ - د. حارث سليمان الفاروقى : المعجم القانونى ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٠م ، مكتبة لبنان .

١١ - د. حسن الحسن : **التفاوض والعلاقات العامة** ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م .

١٢ - د. حمزة حداد : **قانون التجارة الدولى** ، الدار المتحدة للنشر / الطبعة الأولى ١٩٨٠م .

١٣ - أ. د. سامية راشد : **التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول : اتفاق التحكيم** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤م .

١٤ – أ. د. سامية راشد ، **التحكيم فى إطار المركز الإقليميي بالقاهرة** ، منشأة المعارف ، ١٩٨٦م

١٥ – د. سعيد يحيى : **الوجيز فى النظام التجارى السعودى** ، شركة مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع ، ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م .

١٦ – د. عبد الحميد محمود البعلى : **ضوابط العقود ، دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى وموازنة بالقانون الوضعى وفقهه** ، الناشر مكتبة وهبة ، مطبعة دار التوفيق للطباعة ، القاهرة ، الطبعة الأولى ١٩٨٩م .

١٧ – د . عبد الله الدرعان : **المدخل للفقه الإسلامى** ، مكتبة التوبة ، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م .

١٨ – د . عبد المنعم فرج الصده : **نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٩٠م .

١٩ – أ . د . عبد الرزاق السنهورى : **مصادر الحق فى الفقه الإسلامى** ، دار إحياء التراث العربى– بيروت ، لبنان ، ١٩٥٣–١٩٥٤م .

٢٠ – أ . د . عبد الرزاق السنهورى : **الوسيط فى شرح القانون المدنى** ، ج (١) ، دار النشر للجامعات المصرية – القاهرة ١٩٥٢م .

٢١ – أ . د . عبد الرزاق السنهورى : **الوسيط فى القانون المدنى** ، نظرية الالتزام ، ج (٣) ، دار إحياء التراث العربى ، ١٩٥٨م .

٢٢ – د . عبد الرزاق السنهورى : **نظرية العقد ، شرح القانون المدنى ، النظرية العامة للالتزامات** ، دار إحياء التراث ، بيروت ، مطبعة دار الكتب المصرية ١٣٥٣هـ – ١٩٣٤م .

٢٣ – د . عبد الحميد الأحدب : **التحكيم مصادره وأحكامه** ، بيروت : مؤسسة نوفل للنشر ١٩٩٠م .

٢٤ – د . عدنان خالد التركمانى : **ضوابط العقد فى الفقه الإسلامى** ، دار الشروق – جدة ، ١٤٠١هـ .

٢٥ – د . عبد السلام التونجى : **التعاقد بين الغائبين** ، المنشأة العامة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، طرابلس – ليبيا ، ١٩٨٤م .

٢٦– د . عبد الستار أبو غدة : **الخيار وأثره فى العقود** ، الجزء الأول ، مطبعة مقهوى – الكويت ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٥هـ .

٢٧ – الشيخ عبد الرحمن الجزيرى : **الفقه على المذاهب الأربعة** ، الجزء الثالث ، دار إحياء التراث العربى ، بيروت – لبنان (بدون تاريخ) .

٢٨ – د . عبد الغنى محمود : **الإطار القانونى لنقل التكنولوجيا فى القانون الدولى العام** ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

٢٩ – د . عبد المجيد محمد عبودة : **الكفالات البنكية فى المملكة العربية السعودية** ، طبع ونشر معهد الإدارة العامة بالرياض ، ١٤٠٨هـ .

٣٠ – د . عصام الدين القَصبى : **النظام القانونى للعمليات المصرفية الدولية** ، دار النهضة العربية ١٩٩٣م .

٣١ – الشيخ علاء الدين الكاسانى : **بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع** ، الجزء الخامس (بدون تاريخ) .

٣٢ – د . على البارودى : **العقود وعمليات البنوك التجارية** ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٤م .

٣٣ – د . على جمال الدين عوض : **الاعتمادات المستندية ، دراسة للقضاء والفقه المقارن وقواعد ١٩٨٣م الدولية** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩م .

٣٤ – أ . د . على جمال الدين عوض : **عمليات البنوك من الوجهة القانونية** ، دار النهضة ، القاهرة ، ١٩٨٩م .

٣٥ – أ . د . على جمال الدين عوض : **الاعتمادات المصرفية وضماناتها** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤م .

٣٦ – د . فينان محمد طاهر : **مشكلة نقل التكنولوجيا : دراسة لبعض الأبعاد السياسية والاجتماعية** ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦م .

٣٧ – د . محمد حسن الجبر : «العقود التجارية وعمليات البنوك فى المملكة العربية السعودية» **منشورات عمادة شؤون المكتبات** – جامعة الملك سعود – الرياض ، ١٤٠٤هـ .

٣٨– الشيخ محمد بن عبد الواحد السيواسى المعروف بابن الهمام الحنفى : **شرح فتح القدير** ، الجزء الخامس ، المطبعة الكبرى الأميرية بمصر ١٣١٦هـ .

٣٩ – الشيخ محمد عرفة الدسوقى : **حاشية الدسوقى على الشرح الكبير** ، المكتبة التجارية الكبرى ، الجزء الثالث (بدون تاريخ) .

٤٠ – الشيخ محمد بن أحمد بن رشد القرطبى الاندلسى الشهير بابن رشد الحفيد : **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، الجزء الثانى ، دار الفكر ، طبع بالتصوير عن طبعة المرحوم محمد أمين الخانجى المأخوذة عن النسخة المولوية (بدون تاريخ) .

٤١ – القاضى الدكتور محمود الكيلانى : **عمليات البنوك ، الجزء الأول : الكفالات المصرفية وخطابات الضمان** ، الناشر دار الجيب للنشر والتوزيع – عمان: الأردن ١٤١٣هـ – ١٩٩٢م .

٤٢ – الشيخ محيى الدين بن شرف النووى ، المتوفى سنة ٦٧٦هـ : **المجموع شرح المهذّب** ، الجزء (٩) ، الناشر زكريا على يونس ، مطبعة العاصمة – القاهرة (بدون تاريخ) .

٤٣ – د . مراد منير فهيم : **القانون التجارى – العقود التجارية وعمليات البنوك** ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، (١٩٨٢م) .

٤٤ – الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتى ، المتوفى سنة ١٠٥١هـ : **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، الجزء الثالث ، مطبعة الحكومة بمكة المكرمة ١٣٩٤هـ ، طبع ووزع بأمر من جلالة الملك فيصل يرحمه الله .

٤٥ – شيخ الإسلام موفق الدين بن قدامه المقدسى الكافى : **فقه الإمام أحمد بن حنبل** ، المكتب الإسلامى للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثالثة ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م .

٤٦ – الشيخ موفق الدين بن قدامه المقدسى : **المغنى والشرح الكبير** ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ١٣٤٧هـ – مطبعة المنار بمصر .

٤٧ – الشيخ محمد أبو زهرة : **الملكية ونظرية العقد** ، دار الفكر العربى ، بيروت ، (بدون تاريخ) .

٤٨ – الشيخ مصطفى أحمد الزرقا : **المدخل الفقهى العام** ، الطبعة العاشرة ، مطبعة طربين– دمشق ١٣٨٧هـ – ١٩٦٨م .

٤٩ – الشيخ محمد أمين المعروف بابن عابدين المتوفى عام ١٢٧١هـ : **حاشية ردّ المحتار على الدُّر المختار** ، دار إحياء التراث العربى – بيروت لبنان .

٥٠ – أ . د . محسن شفيق : **اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع** ، دراسة فى قانون التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٨م .

٥١ – أ . د . محسن شفيق : **القانون التجارى** ، ج (٢) ، طبعة ١٩٦٨م .

٥٢ – د . محيى الدين إسماعيل علم الدين : **منصة التحكيم التجارى الدولى** ، الجزء الأول ، ١٩٦٨م الأحكام الصادرة فى خمسين قضية دولية صدرت من محكمة التحكيم العليا بغرفة التجارة الدولية بباريس .

٥٣ – د . نجوى محمد كمال أبو الخير : **البنك والمصالح المتعارضة فى الاعتماد المستندى ، دراسة للقضاء والفقه المقارن** ، طبع ونشر المؤلف ١٩٩٣م .

٥٤ – د . وهبة الزحيلى : **الفقه الإسلامى وأدلته** ، ج (٥) ، دار الفكر ، دمشق ١٤٠٤هـ / ١٩٨٣م .

٥٥ – المصطلحات والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية لعام ١٩٩٣م رقم (٥٠٠) .

٥٦ – الأصول والأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية UCP مادة (٤) (أ) من نشرة عام ١٩٨٣م ، رقم (٤٠٠) .

٥٧ – نظام الوكالات التجارية الصادر بالمرسوم الملكى رقم (١١) فى ١٣٨٢م والمعدل بالمرسوم الملكى رقم (٥) وتاريخ ١٣٨٩هـ ، والمرسوم الملكى رقم (١٢٤) وتاريخ ١٤٠٠هـ .

٥٨ – قانون التجارة العراقى رقم (٣٠) : «الوقائع العراقية» **الجريدة الرسمية للجمهورية العراقية** ، العدد (٢٩٨٧) ، الثانى من أبريل نيسان ١٩٨٤م ، السنة (٢٦) .

٥٩ – قانون التجارة العراقى رقم (٣٠) ، «الوقائع العراقية» ، **الجريدة الرسمية للجمهورية العراقية** . العدد ٢٩٨٧ ، الثانى من أبريل نيسان ١٩٨٤م ، السنة ٢٦ .

٦٠ – قانون التجارة العمانى رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٠م .

٦١ – انظر الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية فى نشرتها رقم (٥٠٠) الصادرة عن غرفة التجارة الدولية ، ١٩٩٣م .

٦٢ – نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها الصادر بالمرسوم الملكى رقم (م /٤١) وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ، ولائحته التنفيذية .

٦٣ – قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٩٨/٣١) المؤرخ فى ١٥ ديسمبر عام ١٩٧٦م . الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة الحادية والثلاثون ، الملحق رقم (A/٣١/١٧) . الفصل الخامس ، الفرع (ج) .

٦٤ – اتفاقية عمّان العربية للتحكيم التجارى والتى أقرها مجلس وزراء العدل العرب فى دورته الخامسة بقرار رقم (٨٠/د/٥) فى ١٤٠٧/٨/١٦هـ الموافق ١٩٨٧/٤/١٤م .

٦٥ – اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائى والتى وافق عليها مجلس وزراء العدل العرب فى دورته المنعقدة فى مدينة الرياض فى الفترة من٤–١٩٨٥/٤/٦م .

٦٦ – الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا دولة أخرى والموقع عليها فى واشنطن بالولايات المتحدة الأمريكية فى ١٩٧٢/٢/١١م .

٦٧ – اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والمنعقدة فى نيويورك فى ١٠ يونيو عام ١٩٥٨م .

٦٨ – نظام التحكيم السعودى الصادر بالمرسوم الملكى رقم (م/٤٦) وتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ .

٦٩ – قواعد غرفة التحكيم فى غرفة التجارة الدولية ICC .

٧٠ – قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأنسترال) .

٧١ – القرار الوزارى رقم (١٠١٢) وتاريخ ١٤١٢/٩/١٧هـ الخاص بسريان نظام الوكالات التجارية على أصحاب عقود الامتياز التجارى .

ثانيًا – المراجع باللغة الإنجليزية :

1- Alan Redfern & Martin Hunter : **Law and Practice of International Commercial Arbitration,** - (Sweet and Maxwell).

2- A. Samuel V. Gockjion : "ICC Arbitration From A Practitioner's Perspective", Vol. 14, **The Journal of International Law and Economics,** (1980).

3- Alan Redfern : "International Commercial Arbitration , Jurisdiction Denied: the Pyramid Collapses", 1986, **Journal of Business Law** , (1986) .

4- Arnold Durkee : "Trademark and Unfair Competition Considerations in Franchised Business Operations", Vol. 59, **Trademark Report,** (1986).

5- Aksen : "American Arbitration Accession Arrives in the Age of Aquarius : United States Implements United Nations Convention On the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards",Vol.3, **Southwestern Law Review ,** (1971) .

6- Asaro Jerry : "Boeing Peace Shield Report Clarified," Vol. 4, **Countertrade Outlook,** (1986).

7- A. Kanigsberg : **International Franchising,** (1991).

8- A. G. Zaphiriou : "Methods of cooperation between independent enterprises", (Joint Ventures), Vol. 26, **American Journal of Comparative Law,** (1978), Supplement. American Jurisprudence, Vol. 46, second edition (The Lawyers Cooperative Publishing Co., Rochester N. Y., 1969).

9- Arthur G. Pulis,III : **Negotiating A Bank Loan,** Probus Publishing Company, Chicago, Illinois,1991.

10- A. G. J. Berg : **Drafting Commercial Agreements,** (Butterworths,London,1991).

11-Baron : "The Pennzoil- Texaco Dispute: An Independent Analysis, Vol. 38, **Baylor Law Review,** (1986), In which the Memorandum of Agreement was printed.

12- Barry Michael Fisher : "Product Distribution in Canada", Vol. 20, **The International Lawyer,** (1986) .

13- Barry : "Application of the Policy Exception to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under the New York Convention : A Modest Proposal", Vol. 551, **Temple Law Quarterly** . (1978) .

14- Barry Nicholas : **French Law of Contract,** (Butterworths,London, 1982).

15- Billie J. Ellis, Jr., & Keith D. Kohihepp : "Negotiating and Drafting Confidentiality Agreements for Purchasers", **The Practical Real Estate Lawyer,** (Sept., 1991).

16- Boris Kozolchyk : "The Emerging Law of Standby Letters of Credit And Bank Guarantees", Vol. 24, **Arizona Law Review,** (1982).

17- Brian G. Brunsvold : "Negotiation Techniques for Warranty and Enforcement

Clauses In International Licensing Agreements", Vol. 14, **Vanderbilt Journal of transnational Law,** (1981).

18- Browen & Tupman : "Court-Ordered Provisional Measures under the New York Convention",Vol. 80, **American Journal of International Law ,** (1986).

19- Buitoni S.P.A. V. : **Institute per la Ricostruzione Industriale,** Trib. Rome, Foro Italiano I [Foro It. I] 2284, (1986); the decision of the Court of Appeals is Judgment of March 9, 1987, Foro It. I 1260, (1987); the Judgment of the Corte di Cassazione is Judgment of July 11, 1988, Foro It. I 2584, (1988).

20- C. G. Alexandrides & Barbara L. Bowes : **Countertrade: practice, Strategies, and Tactics,** (John Wiley &Sons, 1987).

21- Carlo Croff : "The Applicable Law in an International Commercial Arbitration : Is It Still a Conflict of Laws Problem?". Vol; 16, **International Lawyer.** (198 82).

22- Charles del Busto : Editor, Documentary Credits, UCP 500 & 400, Compared, An Article- by Article detailed analysis of the new UCP 500, compared with the UCP 400,P 90-92, ICC Publication , Section of International Banking ,1993.

23- Christopher Brown & Robert Franklinn : **Countertrade: Paying in Goods and Services,** (Longman,1994).

24- Christo F. Luddeke & Andrew Johnson : **A Guide To The Hamburg Rules : From Hague to Hamburg Via Visby**, (LLOYD, S OF LONDON PRESS LTD,1991) .

25- Christian H. Godefroy & Luis Robert : **Outstanding Negotiator,** (Christian H. Godefory and Edi inter S.A., Geneva, Switzerland,1991).

26- Charles J. Goetz , Lloyd Granet & Warrent F. Schwartz : "The Meaning of "SUBSIDY" and "INJURY" In the Countervailing Duty Law," Vol. 6, **International Review of Law and Economics,** (1986).

27- Clelland, International Arbitration : A practical Guide to the System for the Litigation of Transnational Commercial Disputes. Vol. 1717, **Virginia Journal of International Law** . (1977) .

28- Cigas, Formation of Contract: International Sales , Vol. 23, **Netherlands International Law Review** (1976) .

29- Clive M. Schmitthoff : **Export Trade, The Law & Practice of International Trade,** (Eighth Edition, STEVENS,1986) .

30- Clive M . Schmitthoff : "Preliminary Agreement in International Contract Negotiation" Vol. 6, **Houston Journal of International Law,** (1983).

31- Clive M. Schmitthoff : "the Uniform Law on the International Sale of Goods,Vol. 19, **Harvard International Law Journal,** (1978).

32- Clive M. Schmitthoff : "Confirmation in Export Transaction, 1957, **Journal of Business Law,** (1957) .

33- Clive M. Schmitthoff : "The Unification Or Harmonization of Law By Means of

Standard Contracts And General Conditions" Vol. 17, **International Comparative Law Quarterly,** (1968).

34- Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards. Signed at Geneva , September 26 , 1927, League of Nations Treaties Series (1929-30), Vol. X C II, P .302.

35- Dianna Booher : **Would you put that in writing ? : How to write your way to success in Business** (Maple- Vail Book Manufacturing Group,1992).

36- D. J. Halvaceck , H. B. Dovey & J. J. Biondo : "Tie Small Business Technology to Marketing Power", Vol. 55, **Harvard Business Review**, (January/February 1977).

37- De Houteclocque : "French Judicial Expertise Procedure and International Arbitration, Vol. 4, **Journal of International Arbitration,** (1987).

38- Donald G. Gifford : **Legal Negotiation : Theory And Applications,** (West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1989).

39- Davidow: "The UNCTAD Restrictive Business Practices Code" ,Vol. 13, **International Business Lawyer,** (1979).

40- David Yates & A. J. Hawkins : **Standard Business Contracts, Exclusion and Related Devices,** (Sweet & Maxwell,1986).

41- Devitt : "Multi-party Controversies in International Construction Arbitrations, Vol. 17, **International Lawyer,** (1983).

42- Dubisson : "Arbitration in Subcontracts for International Projects," Vol. 1, **Journal of International Arbitration,** (1984).

43- David Elliott : "When the Hearing Is Over: Writing Arbitral Awards in Plain Languages" Vol. 46, **Arbitration Journal**. No.4. (1991) .

44- E . C. Corbett : "**FIDIC 4th , A Practical Legal Guide,** (Sweet & Maxwell Limited ,1991). and its Supplement which was Published in 1993 by Corbett & Co. , of London.

45- E. P. Ellinger, M. Jirr.D. Phil . (Oxan) ; Sin. John Burry : "Stand by Letter of Credit, Uses of Letter of Credit and Bank Guarantees in the Insurance Industry," Vol. 6, **International Business Lawyer,** (1978).

46- E. G .Seby Stewart : "Practical Aspects of Arbitrating Claims Before the Iran," US Claims Tribunal . Vol. 18, **International Lawyer .** (1984) .

47- Edgar Herzfeld : **Joint Ventures,** (Jordan & Sons Ltd, second edition,1990).

48- Edgar Herzfeld & Richard Hadley : **Contracting And Subcontracting For Overseas Projects,** (Graham &Trotman, 1988) .

49- Enid A. Marshall, Gill: **The Law of Arbitration,** (Sweet & Maxwell, 1983) .

50- Esser : Commercial Letters of Confirmation in International Trade: Austrian, French,- German and Swiss and Uniform Law under the 1980 Sales Conven-

tion." Vol. 18, **Geurgia Journal of International & Comparative Law,** (1989).

51- E. Piesse : **The Elements of Drafting,** (The Law Book , Co.; fifth ed. Aitken 1976, Australia).

52- Eckstrom : Licensing in Foreign and Domestic Operations, Vol. 3, **Licensing Operations in Japan,**" # 31.09 (1980 Rev.) .

53- Erik Suy, Achievements of the United Nations Commission on International Trade Law, Vol; 15, **International Lawyer,** (1981) .

54- Eric A. Schwartz , Wsquire& Sigward Jarvin Esquire, Chapter5, in Alternative Dispute Resolution in the Construction Industries, Edited By F. Cosshman, G. Christian Hedemann& Avram S.Tucher, Wiley Law Publisher,(1991)

55- Ewan Mckendrick : **Force Majeure and Frustration of Contract,** LLOYD, S of London Press LTD. (1991).

56- Fritet : "Price and Terms of Payment in Large International Turnkey Contracts, Vol.18, **International Business Lawyer,** (Sep.1990).

57- Francis J. Higgins & William G. Brown with Patrick J. roach : "Pitfalls in International Commercial Arbitration," Vol. 35, **The Business Lawyer,** (1980).

58- Frank E. Cooper : **Writing in Law Practice,** (Bobbs-Merrill,1963).

59- F. R. Davies : **Contract Law-** Fifth Edition, (Sweet & Maxwell. (1986).

60- Farnsworth : "Pre-contractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, Vol. 87, **Columbia Law Review**, (1987).

61- Franceis J. Higgins . William G. Brown & P J. Roach : "Pitfalls in International Commercial Arbitration" Vol. 35, **Business Lawyer,** (1980) .

62 - G. Delaume : **Transnational Contracts # 8.08,** (1988).

63- G. Delaume : "What is an International Contract? An American and Gallic Dilemma," Vol. 28, **International & Comparative Law Quarterly,** P. 258, (1979)

64- G.W.Janes : "Letter of Credit in the US Construction Industry, Vol. 14, **International Business Lawyer,** (1986).

65- G. A. Pwnn, A. M. Shea & A. Arora : **The Law and Practice of International Banking,** (Sweet & Maxwell, 1987.

66- G.A.Penn , A.M.Shea and A.Arora : **The Law & Practice of International Banking,** Vlo., 2, Sweet & maxwell , London 1987.

67- G. W. Bartholomew : "Relation Between Banker And Seller Under Irrevocable Letters of Credit," Vol. 5, **McGILL Law Journal,** (1959).

68- Gary C. Hufbauer & George N. Carlson : "United States Policy Toward The Transfer of Proprietary Technology : Licenses, Taxes, And Finance," Vol. 14, **Vanderbilt Journal of Transnational Law,** (1981).

69- George D. Gopen : "Writing From A Legal Perspective," (West Publishing Co.,

1981) Barry Nicholas, **French Law of Contract,** (Butterworths, London,1982).

70- George Fuller : **Negotiator's Handbook,** (Prentice Hall, Publisher 1991).

71- Geraldine Andrews & Richard Millett : "**Law of Guarantees,** (Longman Group UK Limited, 1992).

72- George Weisz & Jonathan I. Blackman : **Standby Letters of Credit After IRAN : Remedies of The Account Party**, 1982 U. Illinois L. R. , (1982)

73- Gerald R. William : **Legal Negotiation And Settlement,** (West Publishing Co., 1983).

74- Gerard I. Nierenberg : **Fundamentals of Negotiating,** (Haper & row Publishers, New York, 1987). ArthueG. Pulis, III : **Negotiating A Bank Loan,** (Probus Publishing Company,Chicago, Illinois,1991),

75- Giuffre : "The Convention on the International Sale of Goods from the Perspective of Common Law Countries, **La Vendita Internationale** (Congress at S. Margherita Ligure, September 1980 1981).

76- Gill : "The UNCTAD Restrictive Business Practices Code for Competition," Vol. 13, **International Business** (Lawyer (1979) ,

77- Goebal : "The Uneasy Fate of Franchising Under EEC Antitrust Laws," Vol. 10, **European Law Review**, (1985).

78- Goldsmith : How to Draft Terms of Reference," Vol. 3, **Journal of International Arbitration.** (1987).

79- Grant Gilmore & Charles L. Black,Jr. : **The Law of Admiralty,** (Second Edition , 1975, The Foundation Press, Inc.).

80- Guy W. Lewin Smith : "Irrevocable Letter of Credit and Third Party Fraud : The American Accord ," Vol. 24, **Virginia Journal of International Law,** (1983).

81- Harold J. Berman & Colin Kaufman : "The Law of International Commercial Transaction (Lex Mercatoria) , Vol.19, **Harvard International Law Journal,** (1978).

82- Hewison, Licensing Situation in Australia," **XII-33 Les Nouvelles** (Sep.1977).

83- Homer O. Blair : "Technology Transfer As An Issue In North/ South Negotiations," Vol. 14, **Vanderbilt Journal of transnational Law,** (1981).

84- Hurst : "Drafting Contracts in an Inflationary Era," Vol. 28, **University of Florida Law Review** (1976).

85- Hochuli : "Role of the Engineer Under FIDIC Standard Contracts," Vol. 18 **International Business Lawyer,** (Dec.1991)

86- ICC Brochure No. 326, (1979) on Adaptation of Contracts.

87- Lando Ole : "The International Encyclopedia of Comparative Law" , Vol. III, **Private International Law,** Part 4, Chapter 9, Contracts.

88- Lazar Sarna : **Letter of Credit,** (Carswell Company Ltd., 1986).

89- John Honnold, "The United Nations Commission on International Trade Law : Mission and Methods, Vol. 27, **The American Journal of Comparative Law** , (1979).

90- J. D. Feltham : **"The United Nations Commission on Contracts for the International Sale of Goods.** (1981).

91- Jacqes Buhart : "Editor: Joint Ventures In East Asia," **Legal Issues,** (Graham & Trotman and International Bar Association,1992).

92- James M. Rhodes & Lisa Saloan : "The Pitfalls of International Commercial Arbitration, Vol. 17, **Vanderbilt Journal of Transnational Law,** (1984).

93- James J. Myers: "Could Arbitration be made a more Effective Method of Resolution of Construction Disputes?" Vol. 19, **International Business Lawyer,** No.6, (1991) .

94- Jerzy Rasjski : "Some Legal Aspects of International Compensation Trade," Vol. 35, **International and Comparative Law Quarterly,** (1986).

95- John Honnold : **Uniform Law for International Sales, Under the 1980 United Nations Convention,** (Kluwer Law and Taxation publishers,1987).

96- John Parris': **Making Commercial Contracts,** (BSP Professional Books, 1988).

97- John : **Contract Law In Perspective,** (2nd Ed. Butterworths,1985).

98- John Richardson, F. C.I.I : **A Guide to The Hague and Hague- Visby Rules,** (LLOYD'S OF LONDON PRESS LTD), 1989 .

99- John J. Barcelo III : "Subsidies and Countervailing Duties- Analysis and A Proposal, Vol. 9, **Law & Policy in International Business,** (1977).

100- Jowitt's : **Dictionary of English Law,** Second Edition, (1977).

101- Judith E. Fisher : **Negotiating for Business Results,** (Richard D. Irwin, Inc., 1994).

102- Kerry L. Macintosh : "Letter of Credit: Dishonor When A Required Document Fails to Conform to the Section 7-507(b) Warranty", Vol. 6, **Journal of Law and Commerce,** (1986).

103- Keith W. Hunter & Jim Hoenig : Dispute Resolution and Avoidance Techniques in The Construction Industry," Vol. 47, **Arbitration Journal**, No.3, (1992).

104- King, Legal Aspects of Appointment and Termination of Foreign Distributors and Representatives, Vol. 17, **Case Western International Law,** (1985).

105- Francis J. Higgins,William G. Brown &P. J. Roach : "Pitfalls In International Commercial Arbitration" Vol. 35, **Business Lawyer,** (1980).

106- Micheal Rowe : **Countertrade**, Euromoney Books, (1989).

107- Mark P. Zimmett : "Stand by Letter of Credit In the IRAN Litigation: Two Hundred Problems In Search of A Solution, Vol. 16, **Law & Policy In International Business,** (1984).

108 - Martin Domke : Domke on Commercial Arbitration, : The Practice of Commercial Arbitration. Revised edition By: Gabrielle M. Wilner: Part 1. Chapter 1. (1988).

109- Mauro Rubino-Sammortono : "Rules of Evidence in International Arbitration : A need for Discipline and Harmonization," Vol. 3, **Journal of International Arbitration,** .No 2., (1986).

110- Mark S . Caldwell : "Selected Clauses In Transnational Contracts. Chapter 4. in **The Law of Transnational Business Transaction,"** Vol. 1, edited by: Ved . P . Nanda, (1981-1982).

111- Michael Mustill and Steward Bayd : **The Law and Practice of Commercial Arbitration in England,** (London, Butterworth, 1989).

112- Micheal F. Hoellering : The UNCETRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Vol. 20, **The International Lawyer** No., 1, (1986).

113- Michael T. Callahan, Esquire, Barry B. Bramble,Esquire & Paul M.Lurie , Esquire : **"Arbitration of Construction Disputes,"** Chapter 3, (John Wiley & Sons, Inc., 1990).

114- Michael Segalla : "Survey: The Speed And Cost of Complex Commercial Arbitration," Vol. 46, **Arbitration Journal.** No. 4. (1991).

115- Michael Rowe : **Countertrade,** (Euromoney Books, 1989).

116- Michael Segalla : "The Speed And Cost of Complex Commercial Arbitration," Vol. 46, **Arbitration Journal,** No., 4, (1991).

117- M. Korah : "Group Exceptions for Exclusive Distribution and Purchasing in the EEC ," Vol. 21, **Common Market Law Review,** (1984).

118- M. Jones : "Practical Aspects of Commercial Agency and Distribution Agreements in the European Community," Vol. 6, **International Lawyer,** (1972).

119 - Martin D. Fern : **WARREN,S FORMS OF AGREEMENTS,** Vol. 2,Chapter 11, (Matthew Bender, 1991) .

120- Mario Riccomagno : **Boundary between Binding and Non-Binding Nature of Letters of Intent (and Heads of Agreement) in Sale Transactions,** A paper presented at the 24th Biennial Conference of the International Bar Association, CANNES 20-25 September 1992.

121- Michael Gruson , Stephen Hutter & Michael Kutschera : **Legal Opinions in International Transactions,** (Second Edition, Graham & Trotman, 1989).

122 - Martin D. Fern : **WARREN'S FORMS OF AGREEMENTS,** Vol. 2, Chapter 11-A , (Matthew Bender, 1991).

123- Mark K. Schoenfield & Rick M. Schoenfield : **Legal Negotiations, Getting Maximum Results,** (McGraw- Hill,Inc. 1988),

124- Nicholas L. Deak : "Letter of Credit (Documentary Credit)," Vol. II, **New York Journal of International and Comparative Law,** (1981).

125- Nicolas C. Ulmer : "Drafting the International Arbitration Clause," Vol. 20, **The International Lawyer,** (1986) .

126- Note, Incoterms on the British Export Trade. 1965, **Journal of Business Law,** (1965).

127- Nicole Schapiro : **Negotiating For Your Life,** (henry Holt And Company, New York,1993),

128- Necolas C. Ulmer : "Drafting The International Arbitration Clause," Vol., 20, **The International Lawyer** . (1986).

129- Parker School of Foreign and Comparative Law of Columbia University : Guide to International Arbitration and Arbitrators, (Transnational Juris Publications, Inc1989)

130- Peter Siviglia : **Commercial Agreements, A Lawyer's Guide to Drafting and Negotiating,** (Lawyers Cooperative Publishing, 1993).

131- Peter Sanders : "Procedures and Practices Under UNCETRAL Rules" Vol. 27, **American Journal of Comparative Law.** (1979).

132- Perry, Jr., : **US Foreign Policy and Emerging Legal and Policy Issues of Technology Transfer,** Vol., 70, Proc .Am .Soc'y Int'l L. 1. (1976).

133- P.S. Atiyah : **An Introduction to the Law of Contract,** (2 Ed, 1971).

134- P .Callens &G .Goeteyn : The Boundary between Binding and Non-Binding Legal Nature of Letter of Intent (and Head of Agreement) in Sale Transaction. A paper presented at the 244th Biennial Conference of the International Bar Association, CANNES, 20-25 September,1992.

135- Parker School of Foreign and Comparative Law of Columbia University Guide to International Arbitration and Arbitrators, (Transnational Juris Publications , Inc1989)

136- Philip Evans & James Walsh : The EIU Guide to the new GATT, **Research Report,** (The Economist Intelligence Unit Ltd., 1994).

137- Philip Evans & James Walsh : The EIU Guide to world trade under the WTO, **Research Report**, (The Economist Intelligence Unit Ltd., 1995).

138- Ralph B. Lake & Ugo Draetta : **Letter of Intent and Other Pre-contractual Documents,** (Butterworth Legal Publishers,1989).

139- Richard Christou : **Drafting Commercial Agreements,** Longman (1993).

140- Richard Christou : **Boilerplate: Practical Clauses** (1993)

141- Roger Langrick : **Barter Systems, A Business guide for Trade Exchanges,** (Longmeadow,1994).

142- Robert Bradgate : **Drafting Standard Terms of Trading,** Longman (1991).

143- Roger Fisher, William Yry and Bruce Patton : **Getting To YES Negotiating Agreement Without Giving In**, -Harvard Negotiation Project- (Second Edition,Penguing Books USA Inc.,1991).

144- Reed Dickerson : **The Fundamentals of Legal Drafting,** (Second Edition, Little, Brown and Company,1986 (Longman Group UK Ltd,1991).

145- Richard Christou, Boilerplate: **Practical Clauses**, (Longman Group UK Ltd 1990) .

146- Robert Y. Peters : International Technology transfers, Chapter 5, In Transnational Business Transaction .

147- A. Wise : **Trade Secrets and Know-how Throughout the World**, Vol. 1 -5 (1974, rev. 1980).

148- Robert Braddgate : **Drafting Standard Terms of Trading,** (Longman Group UK Ltd 1991).

149- Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of its Eighteenth Session , 40 UN GAOR Supp . (No. 17) , U.N. Doc . A / 40 /17 (1985).

150- Robert F. Cushman, Esquire; G. Christian Hedemenn, Esquire; Avram S. Tucker, C.P.A , Editors : **Alternative Dispute Resolution In the Construction Industry,** (Wiley Law Publications,1991).

151- Roger Fisher, William Ury & Bruce Patton : **Getting To YES, Negotiating Agreement Without Giving In,** (penguin Books, USA Inc.,1991).

152- Robert Montago : **Drafting International Commercial Contracts: A Practical Reference Manual,** Euro Conference Publication, (1990).

153- Russell Bennett Stevenson Jr : "An Introduction to ICC Arbitration" , Vol. 14, **Journal of International Law & Economic,** P. 381-405, 386. (1980).

154- Samuel V. Goekjian : "ICC Arbitration From A Practitioner's Perspective, Vol. 14, **Journal of International Law & Economic,** (1980).

155- Stephen J. Leacock : "Fraud in The International Transaction: Enjoining Payment of Letters of Credit in International Transactions, Vol. 17, **Vanderbilt Journal of transnational Law,** (1984).

156- S. Gullander : Joint Ventures and Corporate Strategy," (1976) **Columbia Journal of World Business,** (1976).

157- Srussel Bennett Stevenson, Jr. : "An Introduction to ICC Arbitration" ,Vol. 14, **The Journal of International Law & Economics,** (1980).

158- Stanley Hurn : Syndicated Loans, A handbook for banker and borrower, (Woodhead-Faulkner., Ltd, 1990).

159- Symposium : "Franchising in Europe, 1987," Vol. 16, **International Business Lawyer,** (Mar. 1988).

160- S. Ezer : International Exporting Agreements, Paragraph 12.05, Matthew Bender , (1989).

161- Tanikawa : "Risk of loss in Japanese Sales Transaction, Vol. 42, **Washington Law Review,** (1967).

162- Thomas B. McVEY : Countertrade : Commercial Practices, Legal Issues And Policy Dilemmas, Vol. 16, **Law & Policy in International Business,** (1985).

163- Tim A. Forgerson : "Standby Letter of Credit- True Letters of Credit or Guarantees: Republic National Bank V. Northwest National bank," Vol. 33, **Southwestern Law Journal,** (1980).

164- The Uniform Commercial Code (UCC).

165 -Temple J. Lang : **Joint Ventures under the EEC Treaty rules on Competition**, (1977), Irish Jurist

166- Tom Goldstein and Jethro K. Lieberman : **The Lawyer's Guide to Writing Well,** (University of California Press,1989).

167- UNCETRAL , Legal Guide on Drawing Up Interational Contracts for the Construction of Industrial Works (1988).

168- United Nation Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards . 21 U.S.T. 2517, T. I. A .S., No. 6997, 330. U.N. 38.

169- Van Empel : "Franchising And Strict Liability In the EEC," Vol. 18, **International Business Lawyer,** (Apr. 1990).

170- Van Mehrem : "The Enforcement of Arbitral Awards under Conventions and States Law," Vol. 9, **The Yale Journal of World Public Order.** No. 2. 343, (1985).

171- W. E. Astle : **Legal Developments in Maritime Commerce,** Fairplay Publications,1983.

172- W. G. Friedmann & G. Kalmanoff : **Joint International Business Ventures,** (Columbia University Press,1961).

173- Walfgang Hahnkamper, Boundary between Binding and Non-Binding Nature of Letters of Intent (and Heads of Agreement) in Sale Transactions-Australia, A paper presented at the 24th Biennial Conference of the International Bar Association,CANNES 20-25 September 1992 . -William J. Keating, Franchising Advisor, (McGraw-Hill Book Company,1987).

174- W. L. O'Hare : "**Introduction to Documentary Credits,**" p. 28, The Chartered Institute of Bankers, 1990. G.A.PENN , A.M.SHEA and A.ARORA, **The Law & Practice of International Banking,** Vlo. 2, Sweet & maxwell, London 1987.

175- William F. Fox : Jr. **International Commercial Agreements,** Second Edition Kluwer Law and Taxation Publisher, 1992 .

176- Williston on Contracts # 1 (3d Ed . 1957) .

177- Wilfred M. Estey : "**Legal Opinions in Commercial Transactions,** (Butterworths, Toronto, Canada,1990).

178- Young, G. R., & Braford, S. Jr. : **Joint Ventures Planning and acting,** (Financial Executives Research Foundation, New York, 1977).

تم التصميم والإخراج الفنى والطباعة فى
مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة - ١٤١٩هـ

تم التصميم والإخراج الفنى والطباعة فى
مركز الطباعة والنشر بمعهد الإدارة العامة - ١٤١٩هـ

السعر : (٣٥) ريالاً

ردمك : ٩ - ٠٣٦ - ١٤ - ٩٩٦٠